CEJUP

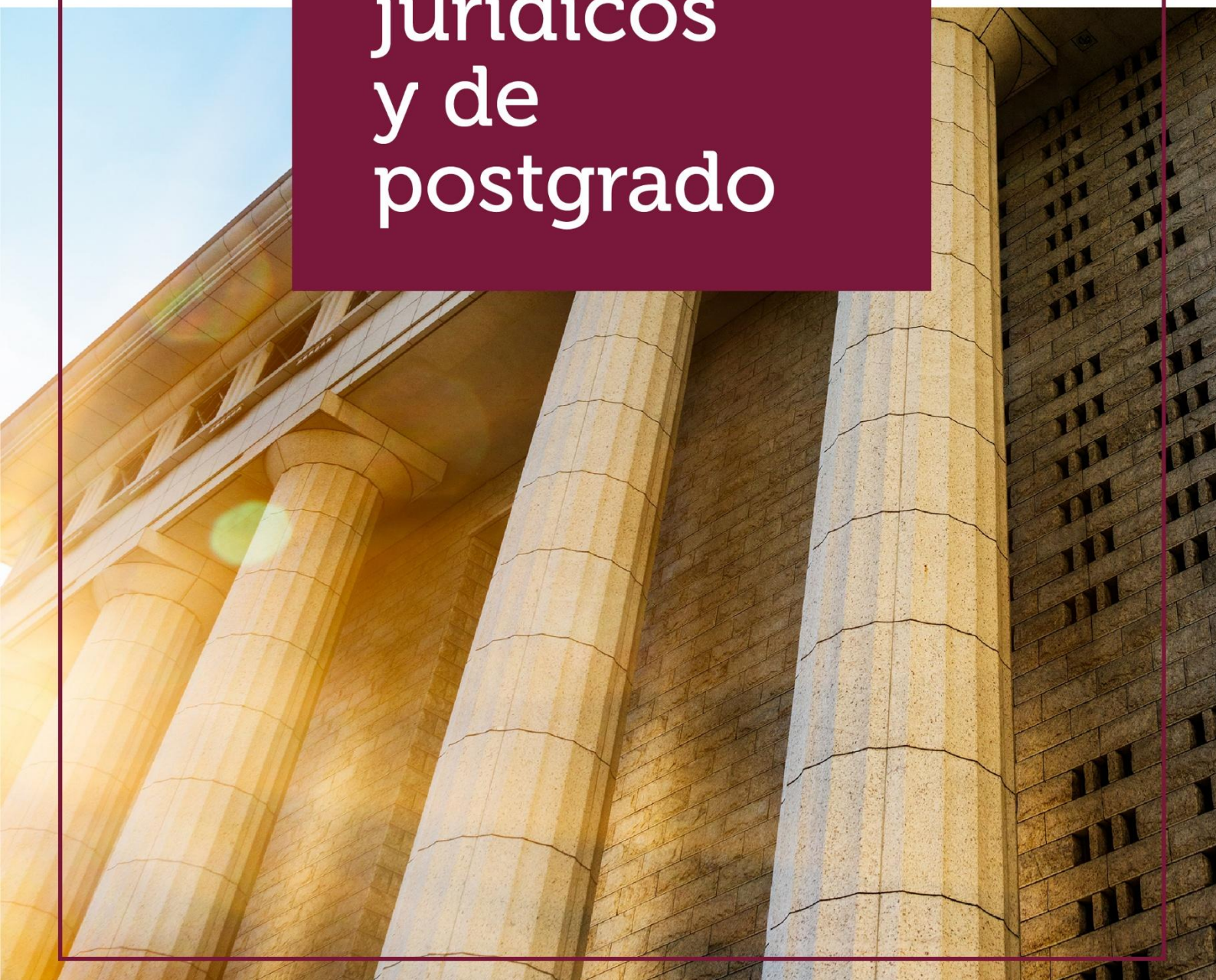
Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

REVISTA DEL

Centro de estudios jurídicos y de postgrado



Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

SUMARIO

Jurisprudencia Penal

SOBRE LA INNECESARIEDAD DEL AUTO DECLARATIVO DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA: HACIA EL ARCHIVO DIRECTO POR DECRETO DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. *Miguel Bueno Benedí. Letrado de la Administración de Justicia. Adjunto del Servicio Común de Ejecuciones Penales. Tribunal de Instancia de Getafe (Madrid).* ***Pág. 5***

DELITO DE AMENAZAS INDIRECTAS O PROFERIDAS A TRAVÉS DE TERCEROS. ANÁLISIS DE LA STS SALA 2ª, Nº 750/2024, DE 18 DE JULIO DE 2024. *Verónica Flor Robledo. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía de Hospitalet de Llobregat.* ***Pág. 16***

LA RELACIÓN DEL ARTÍCULO 324 LECr CON LA CONEXIDAD DELICTIVA Y LA INCULPACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LOS INVESTIGADOS. ANÁLISIS DE LA STS SALA SEGUNDA 317/2025 DE 3 DE ABRIL. *Rocío García Rivero. Fiscal interina adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.* ***Pág. 25***

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA LECr: LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONTROL JURISPRUDENCIAL. *Rosa María González Carrasco. Letrada de la Administración de Justicia de la Oficina del Jurado AP de Barcelona.* ***Pág. 32***

COMENTARIO A SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 374/2025 DE 15 DE ABRIL. ASESINATO Y LESIONES CON INSTRUMENTO PELIGROSO. *Nuria Jurado Román. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Criminóloga y Mediadora.* ***Pág. 45***

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. *Gemma Mestres Puyol. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Provincial de Barcelona.* ***Pág. 57***

INTERVENCIÓN LETRADA EN LA OBTENCIÓN DE ADN DE PERSONA DETENIDA EN SEDE POLICIAL. *Míriam Sala Boixader. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 70***

LA ORDEN DE PROTECCIÓN. REGULACIÓN DEL ART. 544 TER LECr. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS PENALES, DURACIÓN, INCUMPLIMIENTO Y CONSECUENCIAS. *Raúl Sánchez González. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 86***

ANÁLISIS DE LA STS, SALA 2º, Nº 929/2023 DE 14 DE DICIEMBRE: LA NULIDAD PARCIAL DEL JUICIO, PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN E IMPARCIALIDAD, DILACIONES INDEBIDAS Y REPARACIÓN DEL DAÑO, EL PREVALIMIENTO, LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL CONDENADO. *Daliana Tomey Soto. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 102***

Doctrina Penal

INTERVENCIONES LEGALES EN PLATAFORMAS ENCRIPTADAS: ANÁLISIS JURÍDICO DE *ENCROCHAT*, LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS IMPLICACIONES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. *Laura Chamoso Cascón. Letrada de la Administración de Justicia. Directora del Servicio Común de Tramitación del Tribunal de Instancia de Arona, Santa Cruz de Tenerife.* ***Pág. 115***

EL EXTRANJERO ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA: LA DECISIÓN DE INGRESO EN CIE. *Karim El Marbouhe El Faqyr. Abogado y profesor en Universidad de Almería, Doctor en derecho y Doctor en ciencias de enfermería.* ***Pág. 127***

LOS PLAZOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL EN ESPAÑA: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 324 LECr TRAS LAS REFORMAS DE 2015 Y 2020. *Carlos Portalo Prada. Abogado. Profesor asociado de Derecho Penal en la UIB. Profesor del Máster de Abogacía y Procura de la UIB- ICAIB.* ***Pág. 148***

DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO. *M.ª Ángeles Roselló Juárez. Abogada.* ***Pág. 165***

CUESTIONES PROCESALES SOBRE EL VOLCADO EN LOS REGISTROS DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE DATOS. *Oscar Vos Benítez. Responsable Departamento Procesal de Iurisconsult Abogados. Profesor en el Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de UDIMA.* ***Pág. 178***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Civil

LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO ENTRE COHEREDEROS, A PROPÓSITO DE LA STS 1053/2025, DE 1 JULIO. *M.ª Carmen Arijón Loureiro. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña.* ***Pág. 194***

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS SSTS, SALA 1ª, 544/2026 Y 545/2026, DE 12 DE FEBRERO. *M.ª Carmen Barrón López. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Doctora en Derecho.* ***Pág. 203***

TÍTULO, POSESIÓN Y USUCAPIÓN EN LA RECUPERACIÓN DOMINICAL DEL PAZO DE MEIRÁS. COMENTARIO A LA STS 386/2026, DE 11 DE MARZO. *Cristina Caja Moya. Jueza sustituta y adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Profesora en la Universidad del Atlántico Medio. Doctora en Derecho.* ***Pág. 214***

REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD TRAS CONDENA POR DELITO LEVE DE COACCIONES. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 1ª TS, nº 985/2025 de 19/06/2025. *María Cristina García Carballo. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Profesora Asociada Facultad de Ciencias Jurídico y Sociales de Toledo (UCLM).* ***Pág. 224***

VEINTICINCO AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES Y LA INCIDENCIA SOBRE LA JUSTICIA ROGADA Y LA CONGRUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL. *Manuel Jesús Martínez López. Doctor en Derecho. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Solicitor of the Senior Courts of England and Wales. Profesor Colaborador, Universitat Oberta de Catalunya.* ***Pág. 237***

CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y EFECTO DE LA ENERVACIÓN. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA STS Nº 1655/2025, DE 18 DE NOVIEMBRE. *Adriana Mateos Ruiz. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.* ***Pág. 251***

EL REINTEGRO ENTRE PROGENITORES DE LOS IMPORTES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA, REFERIDA A HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS, AL CESAR LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 93.2 CC QUE DETERMINARON SU FIJACIÓN. *Arturo Jesús Monsalve Díaz. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.* ***Pág. 262***

LA IMAGEN ACCESORIA Y LA IDENTIFICABILIDAD *PER SE*: ANÁLISIS DE LA COLISIÓN DE DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. *Jordi Pérez Camacho. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma.* ***Pág. 273***

ANÁLISIS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. *María Teresa Pérez Martínez de Ibarreta. Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.* ***Pág. 283***

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS REFERENCIADOS AL IRPH: DOCTRINA Y PROTOCOLO DECISIONAL TRAS LAS SSTS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2025. *Gustavo Antonio Ruiz Alonso. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.* ***Pág. 294***

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LAS CRISIS FAMILIARES: REFORMA ESTATAL Y PROBLEMÁTICA DE SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. *Estela Torres Plaza. Abogada. Presidenta de la Comisión de Derecho de los Animales del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida.* ***Pág. 307***

Doctrina Civil

EL PROCESO CIVIL DE AMPARO DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN. ESTUDIO DEL "NUEVO DERECHO DE RECTIFICACIÓN". *María Aurora Caparrós Moreno. Estudiante del Doctorado UNED.* ***Pág. 317***

LA CLÁUSULA SUELO. NOVACIÓN Y RENUNCIA. EFECTOS DE LA NULIDAD. *Sara Hernández García. Jueza sustituta adscrita al tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 332***

EVOLUCIÓN, TENSIONES SISTÉMICAS Y PERSPECTIVAS CRÍTICAS EN EL DERECHO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MÉDICA. *M.ª Inmaculada Fernández Serna. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.* ***Pág. 344***

TASACIÓN DE COSTAS: CONCEPTO, FINALIDAD, OBJETO Y REGULACIÓN. *Alfonso Martín Palomino. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 353***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Doctrina - Jurisprudencia Social y Contencioso Administrativa

ESTUDIO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DEL ART. 177 A 184 DE LA LRJS Y PROCEDIMIENTOS ACUMULABLES. *Jaume J. Barcons Casas. Doctor en Derecho. Abogado y Gestor Administrativo.* ***Pág. 363***

LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA INTRODUCCIÓN DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES ENTRE LA FASE DE APROBACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN MUNICIPAL, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA. *Lorena Cruz González. Técnica Administración General Ayuntamiento de A Coruña. Técnica Administración General Ayuntamiento de Ourense (en excedencia).* ***Pág. 378***

REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR PARA CONSIDERAR DICHO ACUERDO DE INICIO VÁLIDO A EFECTOS DE FINALIZAR EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS DERIVADOS DE LA NORMATIVA DE CADA TRIBUTO E IMPEDIR ASÍ QUE SURJA LA ESTIMACIÓN POR SILENCIO POSITIVO. *José Luis Piquer Torromé. Profesor de Derecho Tributario Universitat de València.* ***Pág. 391***

EL DEVENGO DE INTERESES DE DEMORA Y SU CÓMPUTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. *Irene Truyols Cantallops. Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Baleares.* ***Pág. 396***

Consejo editorial. Pág. 403

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Penal

SOBRE LA INNECESARIEDAD DEL AUTO DECLARATIVO DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA: HACIA EL ARCHIVO DIRECTO POR DECRETO DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Miguel Bueno Benedí

Letrado de la Administración de Justicia. Adjunto del Servicio Común de Ejecuciones Penales. Tribunal de Instancia de Getafe (Madrid)

SUMARIO: *I. Introducción y planteamiento. II. Naturaleza jurídica de la extinción por cumplimiento: operatividad ex lege. 1. La distinción entre causas que operan automáticamente y causas sometidas a pronunciamiento jurisdiccional. 2. La caracterización doctrinal del cumplimiento como causa extintiva automática. III. Inexistencia de exigencia procesal del auto declarativo en la LECr. 1. El silencio del Código Penal en cuanto a la articulación procesal. 2. La distribución competencial tras las Leyes 13/2009 y 42/2015. 3. La dicción del art. 998 LECr. IV. La orientación del anteproyecto de LECr. V. Función propia del auto declarativo en los demás supuestos del art. 130 CP. 1. El fallecimiento del condenado. 2. La prescripción de la pena. 3. La remisión definitiva tras la suspensión de la ejecución. 4. El indulto. 5. Recapitulación. VI. Tratamiento de la objeción y consideraciones de economía procesal. 1. La objeción relativa a la seguridad jurídica del penado. 2. Consideraciones de economía procesal e impacto sobre la organización del Servicio. VII. Conclusiones y propuesta. 1. Naturaleza de la extinción por cumplimiento. 2. Inexistencia de exigencia procesal en la LECr. 3. Coherencia con el Anteproyecto LECr. 4. Preservación de las garantías. 5. Función propia del Auto en los demás supuestos del art. 130 CP. 6. Propuesta operativa. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La práctica diaria de los servicios comunes y secciones de ejecución penal evidencia la pervivencia de un trámite cuya cobertura normativa, examinada con detenimiento, resulta cuando menos discutible: la del Auto declarativo de extinción de la responsabilidad criminal que, con carácter previo al Decreto de archivo de la ejecutoria por el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), dicta el órgano jurisdiccional cuando la condena se ha cumplido íntegramente. La cuestión, lejos de ser meramente formal, suscita interrogantes de calado: ¿exige la ley tal Auto?; si no lo exige, ¿qué sentido tiene mantenerlo?; y, planteada de otro modo, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la extinción por cumplimiento, y en qué medida condiciona ésta el cauce procesal que ha de articularla?

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El presente trabajo se propone fundamentar jurídicamente la conveniencia de prescindir del dictado de tal Auto declarativo en aquellos supuestos en que la extinción se produce por cumplimiento íntegro de la condena (art. 130.1.2.º CP), procediendo en tales casos al archivo de la ejecutoria directamente por Decreto del LAJ, con motivación expresa de la causa extintiva. La propuesta se circunscribe estrictamente a este supuesto y no afecta a las demás causas de extinción enumeradas en el art. 130 CP, que sí reclaman, por su propia naturaleza, una previa valoración jurisdiccional[1]. Se trata, en suma, de devolver a cada resolución su función propia y de adecuar la praxis forense al diseño competencial trazado por el legislador en sucesivas reformas procesales.

La argumentación discurrirá por cinco frentes complementarios: en primer lugar, la naturaleza jurídica de la extinción por cumplimiento, que opera *ex lege* sin necesidad de declaración constitutiva (II); en segundo lugar, la inexistencia de exigencia procesal del Auto declarativo en la LECr y, en particular, la dicción del art. 998 LECr tras las reformas de las Leyes 13/2009 y 42/2015 (III); en tercer lugar, la dirección que marca el último Anteproyecto de LECr, que confirma la lectura aquí defendida (IV); en cuarto lugar, las funciones específicas que el Auto declarativo desempeña en el resto de causas extintivas (V); y, finalmente, el tratamiento de la objeción más obvia que la propuesta puede suscitar —la relativa a la seguridad jurídica del penado y al cómputo de los plazos de cancelación de antecedentes—, junto con las correlativas consideraciones de economía procesal (VI), antes de formular la propuesta concreta de actuación (VII).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN POR CUMPLIMIENTO: OPERATIVIDAD EX LEGE

1. La distinción entre causas que operan automáticamente y causas sometidas a pronunciamiento jurisdiccional

La extinción de la responsabilidad criminal por cumplimiento de la condena opera de manera automática, *ex lege*, en el momento mismo en que la pena se cumple en sus propios términos. No requiere, por tanto, declaración formal alguna que la constituya: la responsabilidad penal se extingue por el hecho objetivo del cumplimiento, con independencia de que dicho cumplimiento sea ulteriormente reconocido por una resolución judicial.

Esta caracterización se inscribe en una distinción dogmática clásica, asentada en la doctrina española consolidada en la manualística contemporánea: hay causas de extinción que operan automáticamente - el cumplimiento es el ejemplo paradigmático - y causas que requieren un pronunciamiento jurisdiccional constitutivo o, cuando menos, valorativo -fallecimiento, prescripción de la pena, remisión definitiva, indulto-.

[1] Sobre las causas de extinción de la responsabilidad criminal en su tratamiento dogmático general, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La distinción no es una sutileza académica: condiciona el régimen procesal aplicable y delimita el ámbito propio de la resolución judicial frente al del archivo letrado.

2. La caracterización doctrinal del cumplimiento como causa extintiva automática

La doctrina penal española coincide en caracterizar el cumplimiento como causa de extinción que se realiza por la sola virtualidad del hecho del cumplimiento, hasta el extremo de considerar que la propia mención del cumplimiento en el art. 130.1.2.º CP resulta sistemáticamente innecesaria: si la pena ha sido íntegramente cumplida, no subsiste responsabilidad criminal alguna sobre la que pueda operar la causa extintiva. Esta apreciación es coincidente en los manuales generales de mayor difusión[2]. De ello deriva, como consecuencia lógica, que cualquier resolución judicial dictada con posterioridad al cumplimiento tendrá naturaleza meramente recognoscitiva o declarativa de un efecto jurídico ya producido, sin innovar el orden jurídico ni añadir contenido sustantivo alguno.

La distinción entre resoluciones de eficacia constitutiva y resoluciones de eficacia meramente declarativa es lugar común en la doctrina procesal[3]. Aplicada al supuesto que aquí se examina, evidencia que el Auto declarativo de extinción dictado tras el cumplimiento íntegro no resuelve controversia jurídica alguna ni constituye situación jurídica nueva: se limita a constatar lo que el ordenamiento ya tiene por producido. Si bien la doctrina penal no ha abordado de modo monográfico la cuestión procedimental que ocupa este trabajo, las premisas dogmáticas que ofrece - operatividad automática de la extinción por cumplimiento - sostienen la conclusión procesal que aquí se propone.

Conviene advertir, con todo, que la extinción de la responsabilidad criminal no implica necesariamente la finalización de la ejecutoria en su totalidad, pues puede subsistir, todavía pendiente, la responsabilidad civil *ex delicto*. La distinción ha sido reiterada por el Tribunal Supremo, que ha subrayado la naturaleza de la responsabilidad penal y la civil como dos procesos de ejecución acumulados en un mismo procedimiento, pero regulados por sus respectivos subsistemas normativos[4]. Ahora bien, la propuesta que aquí se defiende no se

[2] La doctrina española coincide en señalar el carácter automático de la extinción por cumplimiento, calificando incluso la mención expresa de esta causa en el art. 130 CP como sistemáticamente innecesaria, en la medida en que, una vez cumplida la pena en sus propios términos, no subsiste responsabilidad criminal alguna sobre la que pueda operar la causa extintiva. La conclusión es coincidente en MIR PUIG, *Derecho Penal*, 2016, p. 795; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, 1999, p. 955; QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, 2015; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, 2019, p. 403, todos ellos citados en la nota anterior.

[3] Sobre la distinción funcional entre resoluciones de eficacia constitutiva y resoluciones de eficacia meramente declarativa en el proceso penal, vid., con carácter general, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed.; MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 55 a 64.

[4] Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 23/2021, de 12 de abril, que resuelve el conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción civil y la penal en relación con la ejecución de la responsabilidad civil tras el fallecimiento del condenado en sentencia penal firme, recordando que la responsabilidad civil *ex delicto* subsiste y se ejecuta ante la propia jurisdicción penal en cuyo seno fue declarada. La resolución reitera el criterio del precedente Auto de la misma Sala de Conflictos 6/2019, de 19 de febrero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ve afectada por tal observación: el archivo de la ejecutoria por Decreto del LAJ exigirá, en todo caso, que tanto la pena como la responsabilidad civil se hallen efectivamente satisfechas, debiendo el Decreto motivar expresamente la concurrencia de ambos extremos.

III. INEXISTENCIA DE EXIGENCIA PROCESAL DEL AUTO DECLARATIVO EN LA LECr

1. El silencio del Código Penal en cuanto a la articulación procesal

Ningún precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige el dictado de un Auto declarativo de extinción de la responsabilidad criminal con carácter previo al archivo de la ejecutoria por cumplimiento. El art. 130 CP, en cuanto norma sustantiva, se limita a enumerar las causas de extinción de la responsabilidad criminal, sin imponer cauce procesal alguno para su constatación[5]. La sede natural para regular la articulación procedimental es, lógicamente, la propia ley adjetiva.

2. La distribución competencial tras las Leyes 13/2009 y 42/2015

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han atribuido al LAJ - entonces todavía denominado Secretario Judicial - un haz creciente de competencias procesales propias en materia de impulso, gestión y conclusión de los procedimientos. Esta atribución se ha verificado con pleno respeto al art. 117.3 de la Constitución y al principio de exclusividad jurisdiccional que en él se consagra: el LAJ no juzga ni hace ejecutar lo juzgado, pero sí gestiona la tramitación documental y el archivo[6].

3. La dicción del art. 998 LECr

De la lectura sistemática de los arts. 985 y siguientes LECr, y muy especialmente del art. 998 LECr, se desprende con claridad que el archivo de las diligencias de ejecución corresponde al LAJ y se articula sin exigencia de resolución judicial previa que declare formalmente la extinción. El precepto, en su redacción vigente, dispone que las diligencias se archivarán por el LAJ que en ellas haya intervenido, sin condicionar tal

[5] El art. 130 CP es norma sustantiva integrante del Título VII del Libro I del Código Penal, dedicado precisamente a la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos. Su contenido se limita a la enumeración de las causas extintivas, sin contener prescripción procesal alguna sobre el modo de constatación o declaración. Vid., en este sentido, las exposiciones de QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, 2015; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, 2019, p. 403, en sus respectivos comentarios al precepto.

[6] Sobre la atribución de competencias procesales propias al entonces Secretario Judicial - hoy Letrado de la Administración de Justicia -, vid. la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial; y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La actualización terminológica se opera por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, conforme a la cual todas las referencias a Secretarios Judiciales contenidas en la legislación procesal deben entenderse hechas, desde el 1 de octubre de 2015, a Letrados de la Administración de Justicia.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

archivo a la previa intervención del órgano jurisdiccional cuando la causa de terminación de la ejecutoria es el cumplimiento íntegro de la condena[7].

La interpretación aquí defendida no es novedosa: encuentra apoyo expreso en el criterio formulado por la Comisión Jurídico Asesora del Consejo General del Poder Judicial, en su Compendio de cuestiones sobre la nueva oficina judicial (versión 2.3, mayo de 2011), que incluye expresamente, entre las resoluciones que adoptan forma de Decreto del LAJ en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, la del archivo del procedimiento por cumplimiento íntegro de la condena[8]. Se trata, ciertamente, de un criterio orientativo y no vinculante, formulado en sede de vigilancia penitenciaria; pero es plenamente trasladable, *mutatis mutandis*, al ámbito de los servicios comunes y secciones de ejecución penal de los tribunales de instancia, dado que la lógica subyacente - la inexistencia de materia jurisdiccional propia en la mera constatación del cumplimiento - es idéntica.

La introducción por la vía de la praxis de un trámite no previsto legalmente —el Auto declarativo previo— supone, en rigor, añadir al procedimiento una exigencia formal carente de cobertura normativa, en una materia en la que el legislador ha optado expresamente por una distribución competencial que confía al LAJ la gestión documental y de archivo del proceso de ejecución. Tal proceder es difícilmente conciliable con el principio de legalidad procesal y con la lógica interna de la reforma de la oficina judicial.

IV. LA ORIENTACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LECr

La interpretación que aquí se defiende no solo resulta coherente con el Derecho vigente, sino que se ve reforzada por la dirección que marca el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020. Su Libro IX, dedicado en exclusiva al proceso de ejecución y configurado como proceso autónomo, redistribuye con criterios de mayor racionalidad técnica las funciones entre tribunal de ejecución y LAJ: la intervención jurisdiccional se reserva para aquellos extremos que reclaman valoración judicial propia - firmeza, suspensiones, sustituciones, libertad condicional, incidentes contradictorios -, mientras que la gestión documental, los actos de impulso y la conclusión por archivo se atribuyen al LAJ mediante Decreto[9].

---

[7] Conforme al art. 998 LECr, en su redacción vigente: «Las referidas diligencias se archivarán por el Letrado de la Administración de Justicia que en ellas haya intervenido». La disposición se inserta en el Libro VII de la LECr, dedicado a la ejecución de las sentencias.

[8] Comisión Jurídico Asesora del Consejo General del Poder Judicial, *Compendio de cuestiones sobre la nueva oficina judicial*, versión 2.3 (mayo de 2011), donde se incluye expresamente entre las resoluciones que adoptan forma de Decreto del Letrado de la Administración de Justicia en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la del «archivo del procedimiento por cumplimiento íntegro de la condena». El criterio, formulado en sede de vigilancia penitenciaria, es plenamente trasladable, *mutatis mutandis*, al ámbito de los servicios comunes y secciones de ejecución penal.

[9] El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 dedica su Libro IX al proceso de ejecución (arts. 873 y siguientes), configurándolo como proceso autónomo. La sistemática de dicho Libro IX redistribuye con criterios de mayor racionalidad técnica las funciones entre tribunal de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Si bien el Anteproyecto carece, en cuanto tal, de eficacia normativa[10], su valor en sede interpretativa es indicativo de la dirección técnica del prelegislador en una materia hasta ahora sometida a una regulación procesal manifiestamente fragmentaria. La orientación que recoge en cuanto al reparto de funciones en la fase de ejecución es coherente con la lectura aquí propuesta del Derecho vigente y, en particular, con la idea de que la mera constatación del cumplimiento íntegro no constituye materia jurisdiccional en sentido propio.

V. FUNCIÓN PROPIA DEL AUTO DECLARATIVO EN LOS DEMÁS SUPUESTOS DEL ART. 130 CP

La propuesta que aquí se defiende no implica, en absoluto, una desestimación general del Auto declarativo de extinción, sino su reserva a los supuestos en que efectivamente cumple una función jurisdiccional propia. La distinción es esencial y conviene examinarla con detenimiento, pues precisamente en ella radica la coherencia interna de la propuesta.

1. El fallecimiento del condenado

En el fallecimiento del condenado, el órgano judicial debe verificar el hecho determinante - mediante la incorporación del oportuno certificado de defunción - y extraer sus consecuencias procesales y patrimoniales, en particular en relación con la responsabilidad civil *ex delicto*, que como es sabido no se extingue por el fallecimiento sino que se transmite a los herederos en los términos del art. 115 LECr, según ha precisado la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en supuestos de fallecimiento posterior a la sentencia firme[11]. Hay aquí materia jurisdiccional propia: hay un hecho que verificar, una situación jurídica nueva que constituir y un régimen aplicable que activar.

2. La prescripción de la pena

En la prescripción de la pena, el órgano judicial debe valorar el cómputo del plazo, las eventuales causas de interrupción y la concurrencia de los presupuestos del art. 134 CP. La prescripción no opera de modo automático en el sentido en que sí lo hace el cumplimiento: requiere un juicio de subsunción que pondere extremos no siempre evidentes - el momento *a quo* del cómputo, las hipótesis de quebrantamiento, la suma

ejecución y Letrado de la Administración de Justicia, atribuyendo a este último la gestión documental y los actos de impulso, y reservando al tribunal aquellas decisiones que reclaman valoración jurisdiccional propia (firmeza, suspensiones, sustituciones, libertad condicional, incidentes contradictorios). Sobre la sistemática general del Libro IX y su reparto competencial, vid. el análisis publicado en Diario La Ley, *El nuevo proceso de ejecución en el anteproyecto de LECr de 2020*, La Ley 22837/2020.

[10] El Anteproyecto carece, como es notorio, de eficacia normativa hasta su eventual aprobación parlamentaria como Ley. Su valor en sede interpretativa es, sin embargo, indicativo de la dirección técnica del prelegislador en una materia hasta ahora sometida a una regulación procesal manifiestamente fragmentaria.

[11] Vid. art. 115 LECr, conforme al cual «la acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil». El régimen postsentencia firme ha sido perfilado por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el ya citado Auto 23/2021, de 12 de abril, y en el precedente Auto 6/2019, de 19 de febrero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de plazos en supuestos de concurrencia de pena-s y que, por su propia naturaleza, reclama pronunciamiento jurisdiccional motivado[12].

3. La remisión definitiva tras la suspensión de la ejecución

En la remisión definitiva tras la suspensión de la ejecución, el órgano judicial debe constatar el cumplimiento de las condiciones impuestas durante el plazo de suspensión, valorando si el sujeto ha vuelto o no a delinquir y si ha observado las eventuales reglas de conducta. Como recuerda la Circular FGE 1/2005, la comisión de un nuevo delito o la infracción de las reglas de conducta durante el plazo de suspensión ha de dar lugar a la revocación del beneficio, lo que confirma que el pronunciamiento sobre la remisión exige una valoración jurisdiccional plena, no susceptible de reducirse a constatación documental[13].

4. El indulto

En el indulto, el órgano judicial debe incorporar al proceso la resolución administrativa correspondiente - el Real Decreto de concesión - y extraer sus efectos sobre la pena impuesta, distinguiendo según se trate de indulto total o parcial y, en este último supuesto, articulando la subsistente actividad ejecutiva sobre la pena no indultada[14]. Hay también aquí, por tanto, materia genuinamente jurisdiccional.

5. Recapitulación

En todos los supuestos precedentes hay materia jurisdiccional en sentido propio: hay algo que el juez o tribunal debe *decidir*, no meramente *constatar*. En el cumplimiento íntegro, por el contrario, no existe tal materia: se trata de un hecho objetivo - la pena se ha cumplido y, en su caso, la responsabilidad civil se halla satisfecha - cuya constatación documental es plenamente acorde con la naturaleza de las funciones del LAJ y queda adecuadamente reflejada en la motivación del Decreto de archivo, con cita expresa del art. 130.1.2.º CP. Mantener una resolución judicial declarativa también en este último supuesto difumina la distinción funcional entre las causas de extinción y atribuye al órgano jurisdiccional un trámite que carece de contenido decisorio propio.

---

12 Vid. arts. 133 y 134 CP, en relación con el cómputo y las causas de interrupción de la prescripción de la pena. Para una exposición de conjunto, MIR PUIG, *Derecho Penal*, 2016; y QUINTERO OLIVARES, *Parte General*, 2015, p. 795, en sus respectivos análisis del régimen de la prescripción.

13 Sobre el régimen de la remisión definitiva como causa extintiva tras la suspensión de la ejecución de la pena, y en particular sobre los efectos de la comisión de un nuevo delito o de la infracción de las reglas de conducta durante el plazo de suspensión, vid. la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, accesible en https://www.fiscal.es (última consulta: noviembre de 2025).

14 Sobre el régimen del indulto y los efectos de la resolución administrativa de concesión sobre la pena impuesta, vid. la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, en su redacción vigente.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VI. TRATAMIENTO DE LA OBJECIÓN Y CONSIDERACIONES DE ECONOMÍA PROCESAL

1. La objeción relativa a la seguridad jurídica del penado

Cabe oponer a la propuesta una objeción que, por su aparente solidez, debe ser examinada con detenimiento: la relativa a la seguridad jurídica del penado y, en particular, a la incidencia del Auto declarativo sobre el cómputo de los plazos de cancelación de antecedentes penales del art. 136 CP. Cabría sostener, en efecto, que el Auto judicial, por su propia formalidad y por la garantía que aporta la firma del juzgador, constituye un título habilitante más sólido que el Decreto del LAJ a efectos del cómputo del *dies a quo* para la cancelación.

La objeción, sin embargo, no resiste un examen riguroso. El art. 136.3 CP es inequívoco al disponer que los plazos para la cancelación se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, y no desde la fecha de su ulterior declaración formal por resolución judicial. El cómputo, por tanto, no depende de la existencia de un Auto declarativo previo: corre desde la extinción material, que en el cumplimiento íntegro coincide con el agotamiento de la pena en sus propios términos[15]. La motivación expresa del Decreto de archivo, con cita del art. 130.1.2.º CP y constancia documental de la fecha de cumplimiento de la pena y, en su caso, de la satisfacción de la responsabilidad civil, ofrece un soporte probatorio funcionalmente equivalente al que tradicionalmente venía proporcionando el Auto. La seguridad jurídica del penado queda, por tanto, plenamente preservada.

A mayor abundamiento, la naturaleza del Decreto del LAJ - resolución motivada, recurrible en revisión ante el órgano jurisdiccional ex art. 238 bis LOPJ y normas concordantes - proporciona idénticas garantías formales que el Auto en cuanto a la determinación de la fecha cierta y al control jurisdiccional ulterior, en caso de discrepancia.

2. Consideraciones de economía procesal e impacto sobre la organización del Servicio

Una vez descartada la objeción anterior, ha de añadirse una consideración de economía procesal que, lejos de constituir un mero argumento utilitario, opera como vector interpretativo de las normas adjetivas en su proyección sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE[16].

---

[15] Conforme al art. 136.3 CP, los plazos para la cancelación de antecedentes penales «se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena», y no desde la fecha de su ulterior declaración formal por resolución judicial. El cómputo, por tanto, no depende de la existencia de un Auto declarativo previo: corre desde la extinción material, que en el cumplimiento íntegro coincide con el agotamiento de la pena en sus propios términos. La motivación expresa del Decreto de archivo, con cita del art. 130.1.2.º CP y constancia de la fecha de cumplimiento, ofrece soporte documental equivalente al que tradicionalmente venía proporcionando el Auto.

[16] La vinculación entre la racionalización del proceso y el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE es lugar común en la doctrina procesal. Sobre la tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución, vid. la sistematización en GIMENO SENDRA, *Manual*, 4ª ed., pp. 661 a 676. La posición que aquí se defiende no requiere el respaldo de pronunciamientos constitucionales específicos sobre la cuestión - no los hay sobre el supuesto particular-, pues se sostiene sobre los principios generales reconocidos en la legislación procesal y en la doctrina procesalista al uso.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La introducción de una resolución judicial adicional - jurídicamente prescindible y carente de eficacia constitutiva - supone añadir al circuito de tramitación pasos efectivos: dación de cuenta, elaboración del proyecto de Auto, traslado para firma, notificación a las partes y verificación documental. Cada uno de estos pasos consume recursos procesales escasos, sin generar a cambio garantía procesal alguna que no esté ya íntegramente cubierta por la resolución letrada de archivo debidamente motivada. En un contexto de saturación estructural de los servicios comunes y secciones de ejecución, en el que la pendencia de ejecutorias constituye una de las principales fuentes de retraso de la justicia penal, no parece razonable mantener un trámite que multiplica el trabajo sin aportar valor jurídico añadido.

A ello se suma el riesgo cierto de que una resolución jurídicamente innecesaria termine omitiéndose en parte de las ejecutorias, generando incoherencias formales que requerirán subsanación posterior. La praxis adecuada no es la que añade trámites, sino la que los reserva para aquellos supuestos en que cumplen una función jurídica efectiva, conforme a la distribución funcional que el legislador ha articulado para la oficina judicial[17].

VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

A la vista de cuanto se ha expuesto, pueden formularse las siguientes conclusiones:

1. Naturaleza de la extinción por cumplimiento

La extinción de la responsabilidad criminal por cumplimiento de la condena (art. 130.1.2.º CP) opera *ex lege*, sin necesidad de declaración constitutiva.

La doctrina penal coincide en caracterizarla como causa que se realiza por la sola virtualidad del hecho del cumplimiento. Una resolución dictada con posterioridad al cumplimiento tiene, en consecuencia, naturaleza meramente recognoscitiva o declarativa.

2. Inexistencia de exigencia procesal en la LECr

Ningún precepto de la LECr exige el dictado de Auto declarativo previo al archivo de la ejecutoria por cumplimiento.

El art. 998 LECr, en su redacción vigente tras las Leyes 13/2009 y 42/2015 y la Ley Orgánica 7/2015, atribuye al LAJ el archivo de las diligencias de ejecución sin exigencia de resolución judicial previa. La introducción de tal Auto por la vía de la praxis carece de cobertura normativa.

[17] Sobre la distinción funcional entre actividad jurisdiccional en sentido estricto (art. 117.3 CE) y actividad procesal de gestión documental atribuida al Letrado de la Administración de Justicia, vid. arts. 456 y 465 LOPJ, en su redacción vigente tras la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y reformas posteriores.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. Coherencia con el Anteproyecto LECr

El Anteproyecto LECr de 2020 dedica su Libro IX al proceso de ejecución y atribuye al LAJ los actos de impulso, gestión documental y archivo, reservando la intervención jurisdiccional para los extremos que reclaman valoración propia. La orientación es coherente con la lectura aquí defendida del Derecho vigente.

4. Preservación de las garantías

La propuesta no implica menoscabo alguno de las garantías propias del proceso de ejecución ni de la seguridad jurídica del penado. El cómputo del plazo de cancelación de antecedentes (art. 136.3 CP) corre desde la extinción material de la pena, no desde su declaración formal; y el Decreto del LAJ, motivado y recurrible, proporciona idéntico soporte documental y control jurisdiccional ulterior que el Auto tradicional.

5. Función propia del Auto en los demás supuestos del art. 130 CP

La propuesta no implica supresión generalizada del Auto declarativo, sino su reserva a los supuestos —fallecimiento, prescripción de la pena, remisión definitiva, indulto— en que efectivamente cumple una función jurisdiccional propia, esto es, en los que el órgano judicial debe *decidir* y no meramente *constatar*.

6. Propuesta operativa

Sobre las premisas anteriores se propone:

a) Mantener la práctica del Auto declarativo de extinción de la responsabilidad criminal en los supuestos del art. 130 CP que requieren valoración jurisdiccional propia: fallecimiento del condenado, prescripción de la pena, remisión definitiva tras suspensión e indulto.

b) Prescindir de dicho Auto en los supuestos de cumplimiento íntegro de la condena, procediendo al archivo de la ejecutoria mediante Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, con motivación que recoja expresamente la causa extintiva con cita del art. 130.1.2.º CP y la constancia del cumplimiento de la pena y, en su caso, de la satisfacción de la responsabilidad civil.

Esta solución es la que mejor concilia el rigor doctrinal, el tenor del art. 998 LECr, la dirección del Anteproyecto de LECr y los principios de economía y celeridad procesales, sin merma alguna de las garantías propias del proceso de ejecución. Lejos de erosionar la reserva jurisdiccional, la refuerza, al devolver al órgano judicial las funciones que le son propias y al reservar al LAJ la gestión documental y de archivo que el legislador ha querido confiarle.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, 2.ª ed., Akal, Madrid, 1986.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Colex, Madrid, 2014.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

VV.AA., *El nuevo proceso de ejecución en el anteproyecto de LECr de 2020. Especial referencia a la ejecución de las penas privativas de libertad*, Diario La Ley (La Ley 22837/2020), marzo de 2021.

Otras fuentes oficiales y documentos consultados

Comisión Jurídico Asesora del Consejo General del Poder Judicial, *Compendio de cuestiones sobre la nueva oficina judicial*, versión 2.3, mayo de 2011.

Fiscalía General del Estado, Circular 1/2005, de 31 de marzo, sobre aplicación de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, accesible en https://www.fiscal.es (última consulta: noviembre de 2025).

Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020, versión sometida a información pública

Jurisprudencia y resoluciones citadas

Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 23/2021, de 12 de abril.

Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos de Competencia, 6/2019, de 19 de febrero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

DELITO DE AMENAZAS INDIRECTAS O PROFERIDAS A TRAVÉS DE TERCEROS. ANÁLISIS DE LA STS SALA 2ª, Nº 750/2024, DE 18 DE JULIO DE 2024

Verónica Flor Robledo

Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía de Hospitalet de Llobregat

SUMARIO: *I. Introducción. II. Jurisprudencia anterior. III. Pronunciamiento de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 750/2024, de 18 de Julio de 2024. IV. Conclusiones. V. Índice de Jurisprudencia y Legislación*

I. INTRODUCCIÓN

Tras analizar la evolución Jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia podemos concluir que es pacífica la doctrina de la Sala Segunda cuando afirma que el delito de amenazas es un delito de peligro hipotético, no porque las amenazas puedan o no cumplirse, o porque puedan llegar o no a su destinatario, sino porque no se exige que se produzca una efectiva perturbación del ánimo del amenazado o que mengüe su sentimiento de seguridad.

En consecuencia, el delito de amenazas se consuma con la recepción por parte del destinatario del mensaje intimidatorio y aunque no es un delito de resultado eso no excluye formas comisivas imperfectas, pero se consuma cuando llegue a conocimiento del sujeto pasivo.

Por tanto, cuando coinciden emisión y recepción no hay cuestión, pero cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos line al (amenazar a través de tercero, por envío de una misiva, etc.) son imaginables formas imperfectas.

En definitiva, las amenazas típicas exigen, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal, o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR

El Tribunal Supremo, en sentencias no muy lejanas a ésta como la **STS nº 137/2022 de 17 de febrero de 2022**, en la que se refería a un supuesto de amenazas proferidas sobre la ex mujer a través de terceros,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

concretamente el profesor del centro educativo de los hijos comunes, declaraba que el delito de amenazas es una infracción de mera actividad en la que no caben fórmulas imperfectas de consumación, toda vez que conceptualmente no es separable acción y resultado, reclama una correlación tempo-espacial concluyente entre la emisión y la recepción de la expresión amenazante por la persona a quien se dirige o por algunas a las que se refiere el art. 169 del Código Penal. Relación que puede darse no solo cuando las condiciones recepticias del destinatario son inmediatas sino también cuando por el contexto de producción el emisor abarca que el receptor trasladará la amenaza al destinatario, representándose la eficacia de ese marco recepticio mediato.

De manera que el delito de amenazas exige una relación de consecuencias necesarias entre emisión y lesión del bien jurídico que resulte previsible, eficaz y abarcada por el dolo del agente; por ello anunciar o relatar a un tercero una intención de amenazar a otro, sin asegurarse el marco de receptividad, no es penalmente relevante salvo que situacionalmente quien la emite se haya asegurado un marco de receptividad eficaz que permita que llegue al destinatario.

En el caso examinado en la sentencia, los hechos declarados probados precisaban que cuando el recurrente manifestó al profesor del Instituto donde acudían los hijos comunes, las expresiones amenazantes lo hizo *con la expresa intención de atemorizar y amedrantar a su ex mujer*, lo que presupone que el condenado si se representó finalmente el marco de receptividad, esto es, que el profesor, receptor directo, trasladaría las expresiones proferidas a la destinataria indirecta, su ex mujer, como ,en efecto, aconteció y por ello confirma la condena.

Otra sentencia en la que se condena por amenazas indirectas a ex pareja previsto del art. 171.4º del Código Penal lo tenemos en la **Sentencia del Tribunal Supremo nº 328/2022, de 31 de marzo de 2022,** en ella se confirma la condena a un varón que, quebrantando la medida de prohibición de comunicación impuesta respecto de su ex pareja efectuó una llamada telefónica a su hija menor, diciendo el acusado, “tu madre para putear sí que tiene dinero, igual que he enterrado a mi hermano te voy a enterrar a ti y a tu madre”. La menor trasmitió a su madre lo que su padre le había comunicado ocasionando a la madre el correspondiente temor. La sentencia comienza realizando un repaso de los requisitos del delito de amenazas, entendiendo que todos ellos concurren en el supuesto, indicando que:

Son sus caracteres generales:

1º. Una conducta de la agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo.

2º. Es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3º. Que la expresión o acto de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

4º. Que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de la antijuridicidad de la acción y la calificación como delictiva (STS 50/2015, de 2 de noviembre).

Finalmente, concluye que, en el caso, el acusado era cabal conocedor de que las expresiones amenazantes que profirió llegarían al conocimiento de su destinataria, a través de la hija común, de la que se sirvió para este fin, y, por eso, se le condena como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género. A la contra, prosigue el TS, si esas mismas expresiones hubieran sido pronunciadas ante terceras personas sin contemplar el autor la posibilidad de que llegaran al conocimiento de quien fue su pareja o, aun contemplándola, confiando en que tal conocimiento no llegaría a producirse (culpa con representación), no podría sostenerse la existencia de un delito de amenazas.

Además, en la citada sentencia se aborda otra cuestión que es la aplicación rechazada por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial de las previsiones contenidas en el art. 171.5 párrafo segundo del Código Penal, en lo que concierne a la circunstancia agravante de la pena de que las amenazas a la exmujer se produjeron quebrantando una medida cautelar por cuya virtud se prohibía al acusado comunicar con ella por cualquier medio. Rechazado ello en primera instancia y en la apelación al considerar, en síntesis, que la medida cautelar efectivamente vigente no se quebrantó cuando el acusado mantuvo una conversación con su hija ya que ello no fue comunicación con la ex mujer, no fue un supuesto de comunicación indirecta en que "el padre llama a la hija y le pide que diga algo a la madre", sino que el acusado llamó a su hija para conversar con ella y en el transcurso de dicha conversación profirió las amenazas sobre su ex mujer de manera que no quiso quebrantar la prohibición de comunicación que pesaba respecto de su ex mujer.

El TS se pronuncia en contra de tales argumentaciones entendiendo que si el dolo, directo o eventual, abarcaba la circunstancia de que su hija menor de edad trasmitiría a la madre la amenaza proferida por él, lo que así se proclama en las resoluciones impugnadas y justifica su condena como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género; forzoso es concluir también que igualmente el dolo hubo de abarcar la vulneración de la medida cautelar que le prohibía comunicar con su ex mujer, con independencia de que fuera dicho quebrantamiento su directo y/o exclusivo propósito.

También recuerda que ya en la sentencia número 127/2022, de 14 de febrero se indicó que: *En el delito de quebrantamiento de condena, el autor ha de conocer los términos de la prohibición, y quebrantarla, sabiendo que lo hace, es decir, concurre el elemento cognoscitivo, en tanto que conoce el núcleo de la prohibición, y el elemento volitivo, pues, a pesar de ello, traspasa los límites que le vienen fijados como estructura de la prohibición.*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Es indiferente cuál es el motivo que le anima a romper con la barrera de exclusión; en suma, son indiferentes para el derecho penal los móviles que animen al sujeto activo a realizar esta conducta, incluido si quiere o n oponer en peligro la integridad física de la persona protegida por la medida, pues el caso es que en tal peligro se fundamenta la prohibición. Basta, pues, con que, con su acción, se dirija a incumplir la orden de alejamiento, que es el núcleo de su prohibición.

Es por ello por lo que estimando el recurso interpuesto entiende aplicable la agravación prevista, en el art. 171.5 párrafo segundo, cual es cometer el delito quebrantando una medida cautelar de prohibición de comunicación.

Otra sentencia aún más reciente y, no exenta de polémica, fue la **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo nº 179/2023 de 14 de marzo de 2023**, aquí el TS comenzó rechazando el recurso de casación formulado por la ex mujer personada como acusación particular ante la absolución a su ex pareja por delito de amenazas, señalando que, a través del mismo, no es posible corregir eventuales errores en la valoración probatoria que es lo que viene a solicitar la acusación particular; ello que en ocasiones excepcionales puede ser consentido cuando viene en apoyo de la defensa, aunque abriendo una posibilidad de contradicción a las otras partes (el art. 859 de la LECr constituye instrumento útil a ese fin), no puede admitirse de ninguna forma cuando se trata de suplir deficiencias de la acusación; lo contrario situaría al Tribunal en la posición de acusación impugnante, ensombreciendo su imparcialidad.

Por lo anterior y toda vez que, al conocer de la apelación y en el ejercicio de sus posibilidades de revaloración íntegra de la prueba, la Audiencia Provincial estimó que no quedó probado el tipo subjetivo del delito de amenazas (voluntad de que llegasen a conocimiento de la destinataria), y toda vez que la fundamentación jurídica de la sentencia de apelación completa el hecho probado -el cual omitía toda consideración al conocimiento de la amenaza por parte de la víctima- con una consideración favorable el reo cual es que no hay prueba de que el dolo del acusado comprendiese que las amenazadoras expresiones podrían ser comunicadas a su expareja (ni a su excuñada); aun siendo un elemento psicológico, interno; no por ello dejar de ser una cuestión de hecho en que el Tribunal de casación no puede adentrarse a través del art. 849.1º de la LECr.

El Tribunal Supremo terminó concluyendo que tratándose del enjuiciamiento de delitos menos graves en materia de valoración probatoria el Tribunal de apelación tiene, por voluntad de la ley, la última palabra y se ha de respetar su decisión. Sentado lo anterior el Tribunal Supremo no se detiene en su argumentación, sino que avanza en la misma al entender que el hecho probado no podría dar pie a una condena por delito de amenazas. Comienza señalando que el delito de amenazas se consuma con la recepción por parte del destinatario del mensaje intimidatorio, aunque por su entereza de ánimo, su carácter, por sentirse protegido o por otras mil eventuales razones, no haya afectación de lo que se quiere proteger: la sensación de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tranquilidad y seguridad. Por tanto, no es un delito de resultado, aunque eso no excluye formas comisivas imperfectas al tratarse de actividad que, según los casos, se puede fraccionar y diseccionar. La amenaza no estará consumada hasta que llegue a conocimiento del sujeto pasivo. No a cualquier destinatario, sino precisamente a la persona amenazada. Por ello cuando coinciden emisión y recepción no hay controversia, pero cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos lineal (amenazas a través de tercero; por envío de una misiva; etc.) caben las formas imperfectas de ejecución, la tentativa.

Las amenazas típicas exigen, por tanto y según la citada sentencia, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal; o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

Prosigue el TS señalando que no hay que olvidar que la tentativa necesita siempre un elemento subjetivo: la intención -basta el dolo eventual- de que llegue a conocimiento del amenazado. El agente ha de captar esa posibilidad y aceptarla o, al menos, mostrar indiferencia hacia ella.

Por ello y toda vez que tal elemento subjetivo lo descarta la Audiencia Provincial en la apelación (bastaba que hubiese dicho que el acusado asumió la posibilidad de que las expresiones proferidas fuesen trasladadas a la amenazada para que fuese viable la condena, pero, al contrario, la Audiencia lo excluye) no puede irse en contra de tal estimación. Añadiendo que la expresión de términos amenazantes en una dependencia policial, precisamente ante un cuerpo policial encargado de prestar seguridad a la ciudadanía, aunque pudiera integrarse en la tipicidad de las amenazas, el tribunal ha considerado, y es razonable que, en el caso concreto, no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son vertidas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública.

Es por ello, que nuestro alto Tribunal entiende en la referida Sentencia de Pleno que, desde esta perspectiva, la expresión de términos amenazantes en una dependencia policial, precisamente ante un cuerpo policial encargado de prestar seguridad a la ciudadanía, aunque pudiera integrarse en la tipicidad de las amenazas, en el caso concreto, el tribunal ha considerado, y es razonable, que no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son vertidas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Podrían constituir la exteriorización de una oposición a la detención policial legítimamente acordada, conducta, desde luego impropia, pero fuera de la tipicidad del delito de amenazas.

No obstante, en dicha sentencia existió un Voto Particular del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR Y D. VICENTE MAGRO SERVET, y al que se adhirió el Excmo. Sr. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, en el que consideraron que debía haberse condenado al acusado por delito de amenazas del art. 171.4 del CP, porque partiendo ineludiblemente de los hechos probados descritos en la sentencia recurrida, se hizo constar que en el momento de ser detenido y posteriormente en dependencias policiales el acusado profirió las expresiones como "voy a matar a mi exmujer y a mi excuñada. Le voy a quitar los cuatro hijos, etc.", por lo que las ofensas se profieren en dos ocasiones distintas, lo que debe dar lugar a que no se trate de un simple exabrupto o desahogo del acusado en el momento de su detención. Es decir, dicho lapso temporal hace que no se pueda dudar de la seriedad de estas. Por lo que, aunque la Audiencia entendió que el autor, al proferir la amenaza, no tuvo intención de dirigirla contra los destinatarios de esta, y que no se cumplía uno de los requisitos del tipo, los votos particulares refirieron que la doctrina casacional establece que es posible la transmisión de una amenaza a través de un tercero, sin que sea necesario que el sujeto pasivo concernido deba encontrarse necesariamente presente en el momento de ser amenazado por el sujeto activo del delito. En definitiva, se sostiene que no es necesario que el amenazado se encuentre presente en el momento que se profirió la amenaza.

III. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 750/2024, DE 18 DE JULIO DE 2024

En la sentencia objeto de análisis el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y confirmó la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona pese a contradecir todos los fundamentos de su resolución. Concretamente sostuvo que las consideraciones de la sentencia de apelación eran contrarias a la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que establece que en modo alguno el delito de amenazas exige la presencia del amenazado cuando se profiere, ni siquiera del sujeto pasivo especial recogido en el art. 171.4 (esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad). Por tanto, al no ser necesaria la simultaneidad de la emisión y recepción, cabe perfectamente amenazar a una persona utilizando como vehículo a cualquier otra persona de su entorno familiar o personal para que la transmita al destinatario. Y, en esos casos, cuando la persona vehicular transmite al amenazado la expresión del mal futuro el delito se ha consumado.

Así, el delito de amenazas se comete por el anuncio consciente de un mal futuro, injusto, determinado y posible, con el único propósito de crear una intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra en el amenazado, pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo, siendo el bien jurídico protegido la libertad y la

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

seguridad, es decir, el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida. Por eso se proclama que es un delito de *mera actividad* y sin que sea necesario la producción de intranquilidad, desasosiego o perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas, actos o gestos sean aptos para amedrentar a la víctima.

En la mayoría de las ocasiones, emisión y recepción de la amenaza son simultáneas, lo que ocurre en las llamadas amenazas directas. En esas amenazas directas, expresadas ante el propio sujeto pasivo, resultará más difícil la tentativa, pero es aún imaginable en supuestos en que la amenaza no es oída por el destinatario de esta, o no es entendida. En cambio, en las amenazas indirectas, que no son vertidas ante el sujeto pasivo, como ocurre en las amenazas a distancia o cuando se utiliza un instrumento para hacer llegar el contenido del mal anunciado a la víctima, cabe la tentativa en aquellos supuestos en que no exista transmisión del mal al amenazado y recepción por éste del mensaje amenazador. En este último caso, la amenaza indirecta, es un delito de mera actividad en dos actos: emisión y recepción de la amenaza. Si fallara el segundo cabría la tentativa.

En esta sentencia el Juzgado de lo Penal condeno al autor como criminalmente responsable de un delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género del art. 171.4 del CP. Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial absolvió al acusado del delito de amenazas por el que había sido condenado porque rechazó que el delito de amenazas pudiera cometerse de forma indirecta a través de persona. El Ministerio Fiscal recurrió por infracción de ley y la Sala le dio la razón al Ministerio Fiscal al afirmar que el delito de amenazas en modo alguno exige la presencia del amenazado cuando se profiere. No obstante, recuerda que, para la existencia de amenazas no presenciales, en las que se utiliza un instrumento o una persona que vehicule el amedrentamiento hacia el sujeto pasivo, es necesario que la acción del sujeto activo esté presidida por la intencionalidad de hacerla llegar al amenazado.

En definitiva, el recurso se desestimó porque el relato de hechos probados de la sentencia emitida por la Audiencia Provincial, contrariamente a lo que afirmaba el recurso del Ministerio Público, no coincidía en su totalidad con lo reflejado en la sentencia de instancia, pues la Audiencia Provincial al estimar el recurso del acusado elimino la expresión “con ánimo de menoscabar la libertad de S.”.

IV. CONCLUSIONES

La interpretación de las normas penales es un proceso intelectual cuyo objetivo es descubrir el verdadero sentido y alcance de una ley penal para aplicarla correctamente a un caso concreto. Dada la severidad de las sanciones, este ejercicio está estrictamente regulado por el principio de legalidad, lo que exige límites muy claros al intérprete. Así, la principal frontera en la interpretación penal es la prohibición de la **analogía** (aplicar una ley a un supuesto no previsto en ella, pero similar al regulado). Además, existe una línea muy fina

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

entre la interpretación extensiva (permitida) y la analogía (prohibida) para garantizar que nadie sea castigado por conductas que la ley no preveía como delito en su momento.

Así desde el punto de vista de la legislación aplicable la valoración de los hechos puede ser un tema complejo, especialmente cuando se trata de cuestiones legales que involucran perspectivas diferentes. Esto muchas veces se debe a que las normas jurídicas no siempre son claras, y a menudo puede haber diferentes interpretaciones de estas. Por tanto, la valoración de los hechos desde una perspectiva legal implica la aplicación de normas y principios legales para determinar si se han violado las leyes y, en caso afirmativo, cuáles son las consecuencias legales correspondientes.

En este sentido, es importante tener en cuenta que diferentes personas pueden tener diferentes perspectivas sobre qué normas y principios son relevantes en un caso particular. En consecuencia, la interpretación de las normas y principios también puede variar, lo que puede llevar a diferentes conclusiones legales.

Por lo que se refiere a las normas penales, es especialmente importante ser cuidadosos al interpretar y aplicar las leyes. Las normas penales tienen como objetivo sancionar conductas que se consideran especialmente graves o dañinas para la sociedad. Como resultado, estas normas a menudo son muy específicas y se aplican solo en circunstancias particulares, por lo que aplicar las normas penales de manera extensiva podría llevar a consecuencias graves e injustas para los acusados.

En definitiva, conviene recordar que la interpretación de las leyes no es una tarea que se realice en un desierto, sino que debe realizarse en una sociedad y en un sistema legal particular. Como resultado, las perspectivas sobre cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes pueden variar según el contexto cultural y social de cada momento, aunque, en todo caso, habrá que respetar los principios básicos del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, como las reglas de valoración probatoria derivadas del principio in dubio pro reo, al analizar si corresponde o no imponer una sanción en el seno de un proceso penal y comprender que muchas decisiones judiciales dependen de pequeños matices sobre los que puede no existir consonancia, para lo cual quedan los votos particulares en las sentencias de los órganos jurisdiccionales colegiados.

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado nº 311 de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, n.º 281, 24 de noviembre de 1995.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, n.º 260, 17 de septiembre de 1882.

Sentencia del Tribunal Supremo 137/2022, de 17 de febrero de 2022.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Sentencia del Tribunal Supremo 328/2022, de 31 de marzo de 2022.

Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo número 179/2023, de 14 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo número 1008/2021, de 20 de diciembre de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo número 974/2022, de 19 de diciembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo número 58/2022, de 24 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo número 595/2019, de 2 de diciembre de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo número 750/2024, de 18 de julio de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA RELACIÓN DEL ARTÍCULO 324 LECr CON LA CONEXIDAD DELICTIVA Y LA INCULPACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LOS INVESTIGADOS. ANÁLISIS DE LA STS SALA SEGUNDA 317/2025 DE 3 DE ABRIL

Rocío García Rivero

Fiscal interina adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: *I. Supuesto de hecho. II. Recursos. III. Resolución de la Sala en relación con las cuestiones claves del caso. IV. Resolución de la Sala en el caso de autos. V. Fallo. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Instrucción número 15 de Barcelona incoó Sumario 3/2019 por delitos de abusos sexuales, de elaboración, distribución y difusión de material pornográfico, de amenazas y corrupción de menores, contra Álvaro y Aníbal[1].

Una vez concluida, la causa fue remitida a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que incoó el Procedimiento Ordinario 17/2020[2].

La causa se incoó por auto de incoación de diligencias previas número 472/2025 en fecha de 14 de septiembre de 2015, por un delito de abusos sexuales por el Juzgado de Instrucción número 6 de Manresa.

En dicho auto se acordó el sobreseimiento provisional de la causa y se ofició a los Mossos d'Esquadra para que investigaran los hechos denunciados.

Tras la entrada de varios atestados policiales y la práctica de numerosas diligencias de prueba, se acordó por auto de 28 de septiembre de 2016 la reapertura de la causa y la entrada y registro en los domicilios de los investigados. El Ministerio Fiscal, el 29 de septiembre de 2016, solicitó la declaración de complejidad conforme al artículo 324 Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose en la misma fecha auto declarando la instrucción compleja, con plazo de 18 meses, precluyendo la instrucción el 6 de junio de 2017.

El 29 de septiembre de 2016 se llevaron a cabo entradas y registros y se detuvo a Álvaro y a Aníbal, quienes prestaron declaración el 30 de septiembre y 1 de octubre de 2016.

[1] TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia 317/2025, de 3 de abril de 2025.
[2] Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, Sentencia 87/2022, de 11 de febrero de 2022.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El 18 de abril de 2017 el Juzgado de Manresa se inhibió a favor de los Juzgados de Instrucción de Barcelona; el 8 de septiembre de 2017 lo hizo el Juzgado número 15 de Barcelona. El 25 de septiembre de 2019 se acordó ampliar la instrucción por 18 meses, con finalización el 3 de febrero de 2020.

El 3 de febrero de 2026 el Juzgado de Instrucción número 15 de Barcelona dio por concluida la instrucción de la causa. La Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a los acusados, declarando las costas de oficio, basándose en que las diligencias previas originales se incoaron en septiembre de 2015, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 41/2015[3].

II. RECURSOS

1. Motivos de desestimación del recurso ejercido por la acusación particular

La parte recurrente sostiene que la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, en un contexto en el que el Tribunal Supremo no puede supervisar la corrección del juicio analítico de una prueba personal no producida ante el Tribunal de instancia.

Reprocha también, la alegación de los artículos 849.1 y 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse aplicado los artículos del Código Penal por los que se formuló acusación[4]. La Sala entiende que se acumula incorrectamente la denuncia de indebida aplicación de preceptos penales sustantivos con la modificación del relato fáctico a través del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impugnando una sentencia que, por razones procesales, no llegó a evaluar la prueba practicada ni a plasmar convencimiento de hecho desde el punto de vista sustantivo.

2. Motivos de estimación parcial del recurso ejercido por el Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, en la Sentencia del Tribunal Supremo 317/2025, de 3 de abril, denuncia la infracción de los artículos 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebranto de los derechos del artículo 24 de la Constitución Española a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la utilización de los medios de prueba pertinentes[5].

Señala que la declaración extemporánea de los investigados no es, en sí, motivo suficiente para dictar un pronunciamiento absolutorio ni para invalidar el proceso, salvo que concurra indefensión material. También recuerda que, durante la investigación, fueron apareciendo nuevos sujetos pasivos, cuyos hechos pudieron

[3] Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

[4] Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos. 849.1 y 849.2.

[5] Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril, Sala de lo Penal. Constitución Española, artículo 24. Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5.4. Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 852.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

haberse instruido de forma independiente, pero que se enjuiciaron conjuntamente por razones de conexidad conforme al artículo 17.2.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal[6].

Señalando también que, aunque no hubo resoluciones judiciales respecto de estos que establecieran acumulaciones sucesivas al supuesto de hecho inicial, si se habían acordado prórrogas sucesivas en la instrucción de la causa, que fueron ampliando el objeto de la investigación a medida que la policía remitía al Juzgado las declaraciones realizadas por nuevas víctimas, pues se impulsaba desde ese momento una actividad instructora.

Así las nuevas investigaciones se fueron abordando, respetando los plazos procesales que imponía el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues se declaró la complejidad por Auto de 29 de septiembre de 2016 y posteriormente se decretaron dos plazos de ampliación en los Autos de 22 de marzo de 2018 y de 25 de septiembre de 2019 respectivamente. Que el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales, establecía que "las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas", sin que en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en el artículo 324 de lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. RESOLUCIÓN DE LA SALA EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES CLAVES DEL CASO

1. Declaración extemporánea de los investigados

La Sala, en la Sentencia del Tribunal Supremo 317/2025, parte de la diferencia entre el régimen de plazos de la Ley 41/2015 y la reforma posterior del artículo 324 Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 2/2020.

De esta forma se llega a la conclusión en relación con el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que las diligencias extemporáneas, es decir las acordadas y practicadas por el órgano instructor después de haber agotado el plazo establecido por la ley para la investigación, se consideran invalidas.

Lo que no impide que el órgano competente pueda acordar la prosecución del procedimiento hacia la fase intermedia, e incluso la apertura del juicio oral, siempre que exista suficiente material probatorio para sostener las pretensiones de las partes acusadoras.

Así como tampoco impide que los materiales probatorios indebidamente incorporados al proceso en la instrucción puedan ser aportados al juicio oral, siempre y cuando no cause indefensión material para la parte y que la apertura del juicio oral se sostenga en otras fuentes de prueba con suficiente fuerza acusatoria.

[6] Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 17.2.1.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En el caso de auto, partiendo de las citadas premisas, la Sala considera en relación con la declaración tardía de los investigados, diferenciando dos escenarios, los siguientes postulados:

a) El primero donde la investigación por el órgano instructor se realiza con total ajenidad de este, el cual es llamado a la fase de instrucción una vez precluida el plazo establecido legalmente respecto de esta. Donde la consecuencia de esta práctica conllevaría la nulidad de las actuaciones por vulneración de los derechos fundamentales del investigado.

b) El segundo donde el investigado, consciente de la investigación y habiéndose le otorgado la posibilidad de participar en el mismo es llamado a declarar transcurrido el plazo establecido en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no suponía una llamada intempestiva del procedimiento.

Sentando la Sala en el caso de autos de forma textual que "podemos así concluir que la inculpación posterior al término de la investigación no resulta constitucionalmente válida en la medida en que impide que el investigado comparezca como parte en la fase de instrucción y pueda participar en la misma para, asistido de letrado de su confianza, recoger las fuentes de prueba que sean determinantes para decidir sobre el eventual archivo de las actuaciones o la prosecución del procedimiento.

Invalidez radical que no es predicable de una declaración extemporánea del encausado cuando, antes de la terminación de la investigación, supo la existencia del procedimiento, así como de su condición de investigado y de los derechos que le asisten en tal condición".

2. Plazos de instrucción en casos de conexidad delictiva

La Sentencia del Tribunal Supremo 317/2025 sostiene que, cuando los hechos conexos podrían justificar una investigación independiente, el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe regir de forma independiente para cada bloque de hechos, con su *dies a quo* propio. Subraya que la acumulación de causas por conexidad conforme a las circulares de la Fiscalía General del Estado 5/2015 y 1/2020 no puede restringir el plazo de investigación de los nuevos hechos. Posición que coincide con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2023, de 23 de noviembre, y la Sentencia del Tribunal Supremo 48/2022, de 20 de enero[7].

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA EN EL CASO DE AUTOS

Las diligencias previas se incoaron el 14 de septiembre de 2015, tras la denuncia de Penélope el 28 de julio de 2015 por un presunto delito de abusos sexuales, retirada el 3 de agosto de 2015 y nuevamente denunciada el 26 de febrero de 2016 por hechos posteriores que afectan a Florinda, detectándose entonces al investigado Aníbal, por lo que el Juez de Instrucción, tras recibir el atestado, dictó Auto en el que ordenó la incoación de

[7] Sentencia del Tribunal Supremo 872/2023, de 23 de noviembre, Sala de lo Penal y Sentencia del Tribunal Supremo 48/2022, de 20 de enero, Sala de lo Penal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Diligencias Previas y acordó el sobreseimiento provisional en base al artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no quedar acreditado el delito de abuso sexual denunciado.

Sin embargo, en la denuncia de Penélope se reflejaba la posible comisión de otros hechos que revestían caracteres de delito y que podían afectar a otras jóvenes no conocidas, por lo que los Mossos d´Esquadra siguieron con la investigación del delito tomando declaración a Penélope y a otra joven llamada Estefanía.

Esto dio lugar la adopción de diversos mandamientos judiciales dirigidos a Google y Facebook, acordado por Auto de 15/11/2015.

Así como el conocimiento de una nueva víctima llamada Florinda y la adopción de nuevos mandamientos judiciales a compañías telefónicas, para desvelar la titularidad/des de las direcciones IP de conexión con los nuevos perfiles desvelados en relación con los sujetos activos.

El Auto de 22/02/2016, acordó librar los mandamientos peticionados, reflejando así la ampliación del objeto de investigación y con ello, conforme a lo expuesto anteriormente, una rehabilitación del plazo legal de seis meses legalmente previsto para cualquier instrucción.

El 28 de septiembre de 2016, vencido el plazo máximo de investigación por seis meses iniciado el 3 de marzo, el Juez de Instrucción acordó procesalmente la reapertura de un procedimiento que nuca había estado paralizado y excluido de una verdadera actuación judicial, razón por la que el plazo anteriormente expuesto no puede considerarse válidamente interrumpido.

En la citada resolución se declaró investigados a los dos sospechosos, ordenando al tiempo la entrada y registro en sus domicilios y lugares de trabajo. Al día siguiente se declaró la complejidad a petición del Ministerio Fiscal y se ejecutaron las entradas y registros.

El 1 de octubre se tomó declaración a ambos investigados fruto de los medios de prueba de carácter incriminatorios encontrados de la práctica de la entradas y registros efectuadas.

Hay que destacar que los días 4 y 14 de noviembre de 2016, así como los días 6 de febrero y 31 de marzo de 2017 se aportó información policial sobre la identidad de decenas de víctimas. Estas fechas se constituyen como *dies a quo* para la investigación de los nuevos hechos.

Los últimos hechos se denunciaron el 31 de marzo de 2017 y desde esa fecha debería computarse el último plazo perentorio para el instructor. En todo caso, todos ellos fueron denunciados *ex novo* e incluso instruidos dentro de los dieciocho meses establecidos en el Auto de 29 de septiembre de 2016 y en las respectivas prórrogas de otros dieciocho meses que puntualmente se acordaron los días 22 de marzo de 2018 y 25 de septiembre de 2019. Consecuentemente ninguna objeción puede establecerse en cuanto al periodo de investigación de estos últimos.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Podría decirse que estos hechos se conocieron en virtud de una diligencia de entrada y registro que se dictó después de haberse agotado el tiempo de instrucción de los hechos hasta entonces investigados. La decisión de entrada y registro se acordó el 28 de septiembre de 2016 cuando el plazo de instrucción de seis meses que entonces imperaba se había cumplido el 3 de septiembre.

Sin embargo, como hemos expresado la consideración de que el registro se efectuó intempestivamente no puede determinar la aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado. La entrada y registro se acordó judicialmente a partir de sospechas objetivas de responsabilidad y evaluando el Juez de instrucción que concurrían unos presupuestos de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad que nadie ha cuestionado. Esta circunstancia, y el hecho de que el plazo de duración de la instrucción no tenga un fundamento constitucional sino que se ofrezca como una previsión de legislación ordinaria para impulsar la llevanza diligente y activa de la instrucción, subsistiendo incluso la responsabilidad criminal inherente a los hechos en tanto no se haya cumplido el tiempo de prescripción del delito, determina que el conocimiento de estos nuevos delitos no esté viciado de nulidad radical y que, consecuentemente, pueda impulsar el inicio de la instrucción que les corresponde.

Por tanto, no existe razón para que el vencimiento del plazo de instrucción acaecido el 3 de septiembre de 2016 afecte a unos hechos que se descubrieron posteriormente y en cuya instrucción se han observado todas las exigencias legales.

Con todo lo expuesto, debe concluirse que los únicos hechos por los que los acusados no pueden ser enjuiciados son los denunciados por Penélope los días 28 de julio de 2015 y 3 de marzo de 2016, además de los denunciados por Florinda el 18 de febrero de 2016.

V. FALLO

La Sala estima parcialmente el recurso de casación del Ministerio Fiscal, casando la Sentencia 87/2022 y anulando los pronunciamientos absolutorios dictados, devolviéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona para que, valorando la totalidad de la prueba y con exclusión de los hechos ya indicados, se dicte nueva sentencia.

VI. CONCLUSIONES

Podemos concluir el presente articulo estableciendo que la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo establece como premisas principales a destacar en el caso de autos, anteriormente expuesto que:

La Sentencia del Tribunal Supremo 317/2025 clarifica la relación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la conexidad delictiva, estableciendo que en los supuestos de aparición de nuevos hechos conexos al inicialmente investigado durante la fase de instrucción, y que no son susceptibles de justificar una nueva

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

investigación penal independiente (debido a la conexidad que les une al hecho primeramente investigado) los plazos de instrucción fijados por el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberán regir para cada uno de dichos hechos de forma independiente.

Se reafirma en que la inculpación posterior de los investigados al cierre de la instrucción no es constitucionalmente válida si impide la participación de los investigados en la fase instructora, mientras que, por otro lado, la declaración extemporánea de los mismos no conlleva la invalidez radical cuando los mismos conocían la causa y pudieron ejercer su defensa.

Finalmente La Sala corrige parcialmente la absolución de la Audiencia Provincial de Barcelona y ordena una nueva resolución en la que se valore la prueba, excluyendo solo los hechos extemporáneos que no cumplieron los plazos de instrucción establecidos en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que una instrucción fuera del plazo invalide automáticamente todo el proceso, especialmente cuando aparecen hechos nuevos y que los investigados ya conocían la existencia de la causa antes de declarar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 317/2025, de 3 de abril de 2025.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, Sentencia 87/2022, de 11 de febrero de 2022.

Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos. 849.1 y 849.2.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril, Sala de lo Penal.

Constitución Española, artículo 24.

Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5.4.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 852.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 17.2.1.

Sentencia del Tribunal Supremo 872/2023, de 23 de noviembre, Sala de lo Penal.

Sentencia del Tribunal Supremo 48/2022, de 20 de enero, Sala de lo Penal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA LECr: LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONTROL JURISPRUDENCIAL

Rosa María González Carrasco

Letrada de la Administración de Justicia de la Oficina del Jurado AP de Barcelona

SUMARIO: *I. Introducción. II. Límites constitucionales y control jurisprudencial: 1. Sentencia del pleno del TC nº 47/2000, de 17 de febrero. Requisitos constitucionales básicos para la adopción de la medida. a) Existencia de dos presupuestos necesarios. b) Resolución judicial motivada. c) Finalidad constitucionalmente perseguida. 2. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencia caso Muszyñski contra Polonia. 3. Reforma LO 13/2003. III. Marco normativo. La prisión provisional en el ordenamiento jurídico español. 1. Requisitos legales. a) Existencia de indicios racionales de criminalidad o fumus boni iuris. b) Finalidad constitucionalmente legítima. 1) Evitación de un riesgo de fuga. 2) Riesgo de entorpecimiento del proceso. 3) Riesgo de reiteración delictiva. IV. Duración y prorroga de la prisión provisional. V. Duración y prorroga de la prisión provisional. VI. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

La prisión provisional, puede definida como aquella medida cautelar de naturaleza excepcional, consistente en la privación de libertad del investigado, durante un periodo de tiempo máximo establecido por la ley, con el objeto de asegurar su presencia en el proceso y la ejecución de la sentencia[1].

Su regulación actual se contiene básicamente en los artículos 502 a 527 LECr, en su redacción dada, salvo escasas modificaciones, por LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, reforma impuesta a raíz de la STC 47/2000, de 17 de marzo.

II. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONTROL JURISPRUDENCIAL

1. Sentencia del Pleno del TC n. 47/2000, de 17 de febrero. Requisitos constitucionales básicos para la adopción de la medida

Los derechos fundamentales a la libertad y seguridad personal consagrados en el 17 de la CE imponen el cumplimiento de determinadas exigencias en la medida cautelar de prisión provisional, cuya inobservancia, va a conducir necesariamente a su incompatibilidad con la Norma fundamental.

Sistematizando sus líneas básicas, la STC 47/2000 exige:

a) Existencia de dos presupuestos necesarios, que deben darse de forma acumulativa, para la adopción de la medida de prisión provisional:

[1] Martínez Jiménez, José. Derecho Penal Español 3ª, edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2019, pp. 230.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

- Que la misma sea legal. La medida cautelar es legal cuando cumple con lo prescrito en el art. 17.3 y 4 de la CE y;
- Que la misma sea además constitucionalmente legítima. Dicha legitimidad viene dada por la concurrencia a su vez de una doble exigencia, a saber, por una parte, que aparezcan contra el investigado, indicios racionales de criminalidad y, por otra parte, y unido a ello, la existencia de un objetivo o finalidad, congruente con una privación de la libertad personal.

b) La medida debe adoptarse en **resolución judicial motivada** tanto en lo que se refiera a su adopción como en lo referente a su mantenimiento y prórroga

La motivación cumplirá los estándares constitucionales siempre que sea suficiente y razonable.

La falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional supondrá, en palabras del TC *no sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma.*

Se entiende que la motivación es **razonable** cuando se ha efectuado una operación de subsunción de todos aquellos extremos que justifican su adopción y, además la operación de subsunción (o en términos del Alto Tribunal, "ponderación de todos los extremos que exigen la adopción de la medida") no es arbitraria, sino que responde a las reglas de la lógica.

La motivación será **suficiente** cuando exprese el presupuesto de la medida y el fin constitucional legítimamente perseguido.

Expresar el presupuesto de la medida, exige a su vez, que la resolución judicial tome en consideración no únicamente, las características y la gravedad del hecho y de la pena, sino también, las circunstancias particulares del caso y, personales del autor.

c) La expresión de la **finalidad constitucionalmente perseguida** exige tener en consideración también el transcurso del tiempo, lo que conlleva que, si bien para la adopción inicial de la medida cautelar puede atenderse a datos meramente objetivos como el tipo de delito y la gravedad de la pena, transcurrida esta fase inicial, el juzgador está obligado a ponderar las circunstancias personales del autor y las concurrentes en el caso concreto. De aquí extraemos la primera consecuencia, y es que la prórroga de prisión exige un plus de argumentación respecto de la finalidad constitucionalmente perseguida, paradójicamente a lo contrario de lo que nos encontramos en la práctica forense[2].

[2] En la sentencia objeto de estudio se hace referencia expresa al supuesto específico tratado en STC 62/1996 al indicar que la misma introdujo *nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En conclusión, la medida cautelar de prisión provisional exige:

- Desde el punto de vista legal, la tipificación de aquellos fines que pueden considerarse como constitucionalmente legítimos para justificar la privación de libertad personal. Desde esta perspectiva se declara inconstitucional el extinto fin "alarma social producido por el delito" debido a que, como argumenta el TC *lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena*[3].
- Desde la perspectiva de la resolución judicial, que el fin perseguido resulte expresado y que, junto a datos objetivos como la gravedad de la pena o el hecho imputado, el órgano jurisdiccional examine y valore a su vez, mediante un juicio de proporcionalidad, las circunstancias concurrentes.

2. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950. Sentencia caso Muszyñski contra Polonia

La ratificación por el Estado Español de diversos Tratados internacionales en materia de derechos humanos y, la configuración de éstos como auténtica fuente del derecho tras las la promulgación de la Constitución Española de 1978 [4], hace necesario realizar una breve referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y, particularmente a los derechos proclamados en sus arts. 5 y 6 y el desarrollo que de éstos ha realizado jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

El Tribunal de Justicia recuerda (Sentencia caso Muszyñski contra Polonia[5] que recoge la casuística más relevante) que incumbe principalmente a las autoridades judiciales nacionales velar por que, en un caso determinado, la duración de la prisión preventiva de un acusado no supere el límite de la razonabilidad. Para determinar la razonabilidad se debe examinarse todas las circunstancias que puedan revelar o excluir la existencia de una causa de interés general que justifique, a la luz de la presunción de inocencia, una excepción a la regla del respeto de la libertad individual**.** Esta ponderación debe efectuarse tanto en el mantenimiento de la medida con en las posibles solicitudes de libertad. La existencia de indicios racionales de criminalidad contra la persona del detenido constituye una condición sine qua non para la legalidad de la continuación de la detención, pero no suficiente, transcurrido un cierto período de tiempo.

provisional para un grupo diferente de supuestos --prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria--, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia.

[3] Fundamento de Derecho 5º STC 47/2000.

[4] Art. 10.2 CE: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.*

[5] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, Sentencia de 13 Nov. 2008, Rec. 24613/2004.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Así que para que, transcurrido el tiempo, siga estando legitimada la privación de libertad, ésta debe estar amparada en motivos "pertinentes" y "suficientes" y, sin que la prolongación de tal privación pueda imputarse a una actuación no diligente del órgano judicial, es decir, a una paralización de la causa no atribuible a la defensa o a la complejidad de esta.

La gravedad de la pena (y esta afirmación es una constante tanto la jurisprudencia del TC como del TEDH) y el riesgo de obstaculizar el desarrollo del proceso, que inicialmente son finalidades legítimas, con el tiempo, inevitablemente se vuelven menos relevantes, y es que estos fines, no pueden por sí solos justificar una privación prolongada de la libertad personal.

Este cuerpo de doctrina obligó a nuestro legislador a abordar una amplia reforma en materia de prisión provisional que se llevó a cabo a través de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de Prisión Provisional.

3. Reforma LO 13/2003

Mediante la citada reforma se trata de impulsar la naturaleza excepcional de la medida cautelar materializada en el principio, tal se indica en la Exposición de Motivos.

Se definen claramente qué fines desde el punto de vista constitucional legitiman la privación de libertad del acusado, que en términos definidos por STC 47/2000, necesariamente pasan a ser: asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo o, evitar el riesgo de reiteración delictiva, eliminándose como finalidad justificante la alarma social generada por el delito.

Se fijan de forma nítida los plazos máximos de la prisión provisional, y la obligatoriedad de que los riesgos que pretendan enervarse mediante su aplicación concurran en el caso concreto, excluyéndose riesgos genéricos incompatibles con la presunción de inocencia.

Por último, la reforma afecta de manera destacada la duración de la prisión provisional.

III. MARCO NORMATIVO. LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Requisitos legales

De la jurisprudencia analizada, y que es recogida por nuestro legislador, se deriva que los presupuestos necesarios para la legitimidad de esta medida cautelar y, que deben aparecer debidamente ponderados en la resolución judicial que la adopte, y que son:

a) Existencia de indicios racionales de criminalidad o *fumus bonis iuris*

Este presupuesto, se desglosa a su vez, en dos exigencias:

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

1. Que aparezcan en la ***causa motivos bastantes para creer criminalmente responsable del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión*** (art. 503.1. 2º LECr), sin que en ningún caso pueda adoptarse la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o, que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación (art. 502.4 LECr).

El TEDH ha venido declarando[6] que la detención de una persona al amparo del art. 5 del CEDH, únicamente puede tener lugar en el contexto de un proceso penal, con el fin de llevarlo ante la autoridad legal competente bajo sospecha razonable de haber cometido un delito. La "razonabilidad" de la sospecha en la que debe basarse la detención forma parte de la salvaguardia establecida en el art. 5.1 c).

Tener una sospecha razonable presupone la existencia de un hecho o información que satisfagan a un observador objetivo de que la persona en cuestión pueda haber cometido el delito. Ahora bien, lo que pueda considerarse "razonable" dependerá de todas las circunstancias concurrentes y, sin que esto implique la necesidad de que las autoridades investigadoras hayan obtenido pruebas suficientes para presentar cargos en el momento de la detención.

En todo caso, nuestro legislador, prohíbe que pueda acordarse prisión preventiva, cuando concurre una causa de justificación. Distinta cuestión, es cuando se da la concurrencia, no es una causa de justificación, sino una causa de imputabilidad.

El TC[7] declaró que, en relación con una persona ya diagnosticada de esquizofrenia paranoide en el momento de la comisión de los hechos, debía serle de aplicación, a pesar de ser un supuesto huérfano de regulación legal, el mismo régimen previsto en el art. 383 de la LECr. Ahora bien, al no poder dictar el Juzgado de Instrucción, queda obligado a concluir el sumario y elevar las actuaciones a la sala, que, sin necesidad de dictar auto de apertura de juicio oral ni sentencia, deberá proceder de conformidad con lo establecido en el art. 637.3 LECr. En este ínterin, hallándose el acusado interno en centro psiquiátrico privado, la prisión provisional decretada sin que concurriera ninguna de las finalidades constitucionalmente justificantes de la adopción de tan excepcional medida y, sin que se motivara suficientemente su necesidad a la vista de las circunstancias personales del afectado por ella, se vulnera el derecho a la libertad personal, reconocido en el art. 17.1 CE si no ha habido una motivación de la medida por la necesidad de asegurar un fin constitucionalmente legítimo (riesgo de fuga, obstrucción de la causa o, reiteración delictiva) sin que, recordemos, dicho fundamentación y a raíz de STC 47/2000, pueda apoyarse en razones de peligrosidad o alarma social.

[6] Sentencia de 20 de marzo de 2018, Rec 16538/17 caso Şahin Alpay v. Turquía (16538/17).
[7] STC 191/2004 Sala 2ª de 2 Nov. 2004, Rec. 6674/2002.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

2. Que en la causa conste la **existencia de uno o varios hechos que representen caracteres de delito** sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1. 1º LECr).

En el caso de que imputen una pluralidad de delitos, la Ley de enjuiciamiento Criminal se remite a las reglas del concurso de delitos y del delito continuado, para el cómputo del límite mínimo de dos años.

La aplicación de la prisión provisional queda taxativamente excluida cuando el delito imputado esté sancionado con pena no privativa de libertad o bien, cuando estando prevista pena de esta naturaleza, su límite máximo es inferior a los dos años.

Ahora bien, el límite mínimo de la extensión (delitos sancionados con pena cuyo máximo sea de al menos dos años de prisión) sí que admite una serie excepciones que van a estar íntimamente ligadas a la finalidad pretendida con su adopción, de aquí nuevamente la importancia de fundamentar el fin pretendido, en la resolución judicial.

Dichas excepciones son:

- Cuando el investigado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación (art. 503.1. 1º LECr). Aunque en este caso no se conecta expresamente por el legislador la excepción con la finalidad, resulta evidente que esta situación pone de manifiesto "per se "un riesgo de reiteración delictiva.
- Si la finalidad constitucionalmente perseguida con la medida, fuera evitar el riesgo de fuga, cuando conste en las actuaciones que se hubieran dictado al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca dictada por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores (art. 503.1. 3ª a) LECr).
- Si la finalidad constitucionalmente perseguida con la medida, fuera evitar que el investigado pudiera actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando fuera cualesquiera de las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP (art. 503.1. 3ª LECr).
- Si la finalidad constitucionalmente perseguida con la medida, fuera evitar un riesgo de reiteración delictiva, cuando de los antecedentes del investigado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

No obstante, en estos casos, el órgano judicial tiene vedado incurrir en automatismos, y deberá conforme a la doctrina constitucional, razonar que, atendiendo a las circunstancias concurrentes y personales del autor, si

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

se dan en el caso concretos, los presupuestos necesarios para prescindir de la regla general de límite mínimo de dos años de privación de libertad.

b) Finalidad constitucionalmente legítima

Como ya se ha indicado, la duración de la prisión cautelar deber estar siempre presidida por su naturaleza de medida excepcional y, por lo tanto, sólo se adoptará cuando sea objetivamente necesaria, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad, para la consecución del fin constitucionalmente perseguido (art. 502.2 LECr).

Tales fines se circunscriben a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo que pudieran partir del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Justicia (o riesgo de fuga), la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados (STC 191/2004 Sala 2ª de 2 Nov. 2004, Rec. 6674/2002).

Tres son las finalidades que legalmente habilitan su adopción:

1) Evitación de un riesgo de fuga

Es doctrina reiterada del TEDH, que la gravedad del delito imputado y la pena que pudiera imponerse es motivo válido, pero no suficiente para presumir un riesgo de fuga, debiendo analizarse factores individuales tales como, los vínculos familiares y sociales con el país de estancia, lugar de residencia o historial procesal del acusado o sus recursos financieros.[8]

Recogiendo esta doctrina, nuestro legislador establece qué parámetros deberán ser valorados en el art. 503.1.3º.a) LECr.

El TC considera, en un momento inicial del proceso es motivación suficiente y razonable para decretar la prisión provisional atender a datos tales como las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza Las circunstancias concretas y personales del imputado que pueden no ser exigible valorar en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar no solo si se han modificado estas circunstancias sino también, las circunstancias personales conocidas en ese momento[9].

[8] STEDU de 19 de diciembre de 2013, Rec 55299/07 caso Pastukhov and Yelagin contra Rusia.
[9] STC 23/2002 de 28 Ene. 2002, Rec. 581/2001.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Especialmente relevante en la materia es STC 37/2020 (caso *procès*)[10] en los que se analizan dos criterios a tener en consideración para valorar el riesgo de fuga: el previo comportamiento procesal del acusado y el comportamiento del resto de coacusados, que se hallan en situación análoga a aquel respecto del que se adopta la medida cautelar.

Respecto del primer supuesto el TC y en relación comportamiento procesal del acusado, que ha venido cumpliendo con las comparecencias "apud acta" impuestas por el juzgado, afirma que, dicho comportamiento no enerva por sí mismo, al contrario de lo alegado por los recurrentes, el riesgo de fuga de forma que no impide la adopción "a posteriori" de la medida de prisión provisional.

El segundo supuesto analizado, es determinar, si la actuación del coimputado que, hallándose en una situación análoga, se ha sustraído de la acción de la justicia, puede servir de fundamento para justificar la existencia de un riesgo de fuga y la adopción de la medida cautelar respecto de otro procesado, sin que ello suponga acoger un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. A este respecto el TC declara*: No estamos, pues, ante la atribución de "responsabilidades por hecho ajeno" sino ante un dato fáctico dirigido a reforzar la racionalidad de un pronóstico que el instructor funda en ciertas máximas de experiencia que, lejos de constituir meras hipótesis, se han visto singularmente verificadas en ese proceso.*

2) Riesgo de entorpecimiento del proceso

A esta finalidad se refiere el art. 503.1.3º b) LECr.

Se permite al órgano jurisdiccional adoptar la medida para " evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de pruebas relevantes para el enjuiciamiento en los caso en que exista un peligro fundado y concreto", estableciendo nuevamente el legislador parámetros para su evaluación , como la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigado o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

El TEDH ha valorado que concurre este presupuesto, cuando a la vista de la naturaleza del delito y su gravedad, existe un temor fundado de que el investigado destruya documentos que pudieran encontrarse en su poder o, pudiera advertir a terceras personas, que, siendo aún desconocidas por las autoridades, estuvieran sin embargo implicadas en el hecho delictivo[11] o, pudiera existir concierto con terceros[12] o, presión sobre testigos[13].

[10] STC Del Pleno 37/2020 de 25 Feb. 2020, Rec. 2971/2018.
[11] TEDH en la S de 27 de junio de 1987 (caso Wemhoff).
[12] caso Ringeisen de 16 de julio de 1971.
[13] caso Tomasi, de 27 de agosto de 1992.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La duración, en este caso, de la prisión provisional está sujeto a un plazo máximo de seis meses que, atendiendo a la naturaleza de finalidad constitucionalmente perseguida, justifica ser el único supuesto del art. 504 LECr no susceptible de prórroga y, debido a que, necesariamente, el transcurso del tiempo debilita este riesgo de supresión u ocultación de pruebas.

En todo caso, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad obliga al juzgador a revisar la necesidad de mantener dicha privación una vez llevadas a cabo las pertinentes diligencias de instrucción.

El Tribunal Supremo ha declarado[14], que lo que determina la existencia de un riesgo de ocultar, alterar o destruir pruebas relevantes para el enjuiciamiento, es el conocimiento privilegiado que tiene el encausado y que no poseen otros imputados o terceros, respecto de circunstancias que todavía no aparecen suficientemente esclarecidas en el curso de la investigación, y que: *Riesgo que no hace falta precisarlo, tenderá a disminuir, conforme la investigación avance en el conocimiento de esas hasta ahora ignoradas circunstancias.*

En esta línea, si se hubiera decretado prisión provisional incomunicada o el secreto de sumario (medidas sumariales que se adoptan con análoga finalidad), si antes del plazo de los seis meses se levantare la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión (art. 504.3 de la LECr).

El secreto de sumario tiene, en consecuencia enorme transcendencia en la resolución judicial que acuerda la medida cautelar de prisión provisional., donde el instructor puede, atendiendo a la doctrina del TC, hacer escueta referencia a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar, evitando consignar detalles o datos de hecho que puedan perjudicar la marcha de las investigaciones, pero que, por el contrario, permitan al afectado conocer las razones básicas que determinan su prisión, posibilitando en todo caso la impugnación del auto mediante el uso de la vía procesal adecuada.

Es necesario, armonizar también, en estos supuestos, la buena marcha de la investigación con el derecho de todo detenido de conocer la imputación que contra él se dirige (art. 520 LECr) y su derecho de defensa, pues es evidente, que si los elementos básicos que permiten impugnar la privación de libertad se le facilitan únicamente en el auto de prisión, el encausado se encuentra en una situación de plena indefensión en la comparecencia del art. 505 de la LECr, pudiendo únicamente atacar la resolución "a posteriori" por vía de recurso.

Esta problemática es tratada en STC 82/2019 de 17 de junio[15].

[14] Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 18 Sep. 2025, Rec. 20775/2020.
[15] STC 83/2019 de 17 Junio 2019, Rec. 365/2018.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3) Riesgo de reiteración delictiva

A la enervación de este riesgo se refiere el art 503 1. 3º c) LECr.

Se distinguen pues dos supuestos:

- El riesgo de comisión de delito se dirige frente a quien en el proceso penal en el que se valora adoptar la medida cautelar ha sido definido previamente como víctima, especialmente en los casos de violencia de genero.

En este caso, para acordar prisión provisional bastará la concurrencia de un hecho que revista las características de delito e indicios racionales de criminalidad, además de un riesgo concreto y específico cuya evitación se pretende, pero no así, los límites penológicos de los dos años.

Este precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 544 bis de la LECr, que prevé que caso de incumplimiento de medidas cautelares de prohibición de aproximación o de acudir a cierto lugar, adoptadas en seno de un proceso en averiguación de cualesquiera de los delitos del art. 57 del CP, se acuerde la comparecencia del art. 505 de la LECr para adoptar la medida de prisión provisional en los términos del art. 503 de la LECr.

- Riego genérico de comisión de un hecho delictivo, que necesariamente ha de ser doloso. El riesgo, cuya evitación se pretende, aplicando la doctrina constitucional, debe ser cierto y concreto, para cuya valoración se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer (Art. 503.2 LECr)

En este caso, el límite penológico de que la pena privativa de libertad máxima señalada para el delito fuera dos años (ordinal primero) no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

IV. DURACIÓN Y PRORROGA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Si la prisión provisional de hubiera adoptado, bien para evitar riesgo de fuga, bien para evitar la reiteración delictiva (art. 503.1. 3º a y c LECr), el plazo inicial máximo será de dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a los tres años o, un año si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a los tres años. Cuando se hubiera adoptado para evitar el entorpecimiento de la causa, el plazo máximo será de seis meses.

Reiterando el principio máximo de que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines descritos y en tanto subsistan los motivos que justifican su adopción, transcurrido el

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

plazo inicial y concurrieran circunstancias que hicieran prever que la causa no puede ser juzgada en aquellos plazos, podrá acordarse mediante auto y previa comparecencia del art. 505 de la LECr, una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de seis meses si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años. Recordar en este punto, que cuando la prisión provisional se ha adoptado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, la duración máxima de la medida cautelar será de seis meses, sin que quepa la posibilidad de prórroga (art. 503.1. 3º b) LECr en relación con 504.2 LECr).

Recaída sentencia condenatoria y habiéndose interpuesto recurso de apelación, podrá la prisión provisional prorrogarse hasta el límite de la mitad pena impuesta en la sentencia.

El dictado de sentencia condenatoria, no legitima conforme a la jurisprudencia, al automatismo de la prisión provisional, ya que el dictado de ésta «puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia, pero que no exime de que dicho riesgo se pondere atendiendo a las circunstancias concurrentes.

De esta regulación cabe destacar:

La prórroga o ampliación del plazo inicial de la prisión provisional requiere una decisión judicial específica motivada, previa comparecencia del art. 505 de la LECr y, en base a alguno de los supuestos que legalmente habilitan para su adopción. Dicho acuerdo debe adoptarse antes de la expiración del plazo inicialmente acordado, pues en caso contrario, la lesión que se ya se ha producido del derecho a la libertad personal, no queda subsanado por el acuerdo posterior.

Ahora bien, es doctrina reiterada del TC que, en los supuestos de prórroga de prisión provisional por sentencia condenatoria, el incumplimiento del trámite del art. 505 de la LECr, es una mera irregularidad de procedimiento sin afectación de derechos fundamentales, salvo que se acredite una situación de indefensión material, por no haber dispuesto de un turno de intervención; indefensión que sin embargo queda enervada al poder recurrir contra el auto de prórroga[16].

Pará el cómputo de plazos máximos de prisión provisional no cabe excluir el periodo de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa, *porque ello ocasionaría también que el límite temporal de duración de la prisión provisional dependiera de un elemento incierto y podría conducir al desbordamiento de todo plazo razonable*. Por lo tanto, del plazo máximo de la prisión provisional, no puede descontarse el tiempo cumplimiento de una pena de prisión, en aquellos supuestos que sean coincidentes en el tiempo.

[16] STC 50/2009 de 23 Feb. Sala 2ª, Rec. 7925/2006.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por el contrario, sí que se excluye del cómputo el periodo el tiempo en el que la causa sufriera dilaciones indebidas, exigiéndose una resolución específica y motivada, suspendiendo el transcurso del plazo, en el momento en que tales dilaciones se produjeron. La excepcionalidad de la prisión provisional impone, por otra parte, un criterio hermenéutico de la norma, en el sentido más favorable a la libertad, y permitiendo suspender del cómputo del plazo únicamente aquellas dilaciones directamente imputables a la conducta del encausado[17].

V. CONCLUSIÓN

A pesar de los esfuerzos de legislador por implantar una regulación completa y pormenorizada en materia de prisión provisional y, plenamente adaptada a la jurisprudencia del TEDH y TC, la modificación llevada a cabo por LO 13/2003, se ha manifestado claramente incompleta en determinadas materias, lo ha obligado a los operadores jurídicos a acudir constantemente a los principios y doctrina jurisprudenciales.

El legislador, ha dejado huérfano de contenido, supuestos tan relevantes en la práctica forense, como el tratamiento que debe darse al encausado que hallándose en prisión provisional durante la fase de instrucción, se le aprecia tras el acto de juicio una eximente completa de enajenación mental que lleve al dictado de sentencia absolutoria La solución, en los casos de conformidad, en los que en el mismo acto se decreta firmeza, ha sido ordenar el internamiento en unidad psiquiátrica sin solución de continuidad. Esta solución, sin embargo, no es factible cuando la sentencia es recurrida en apelación, supuesto en el que nos encontramos sin título habilitante para mantener la prisión provisional, y sin título habilitante para acordar el internamiento en centro penitenciario psiquiátrico en espera de la firmeza de sentencia. La única posibilidad es instar por el Ministerio Fiscal internamiento involuntario, medida que deberá hacerse efectiva por el Juzgado de Guardia, con la dificultad que entraña pues ello implica la coordinación entre el servicio de guardia, el órgano sentenciador y fiscalía, fuera de horarios de audiencia.

Tampoco ha dado el legislador una solución satisfactoria a la prórroga mitad pena, prescindiendo de establecer los debidos controles que en esta materia deberían preverse tanto a nivel jurisdiccional como a nivel gubernativo, desde el momento en que legalmente se habilita prisiones provisionales que en la práctica no es extraño que excedan de los cinco años, cuando habiéndose dictado sentencia condenatoria por delito grave, se tramita recurso de apelación y posterior casación; con los perjuicios que ello se derivan para el encausado a nivel penitenciario.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Barona Vilar, Silvia, La prisión provisional "solo" una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)., Editorial LA LEY 2810/2001.

[17] STC 98/2002 de 29 Abr. 2002, Sala 1ª, Rec. 2131/2001.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Martínez Jiménez José. Derecho Penal Español. Editorial Tecnos. Tercera Edición. Madrid. 2019.

TEDH

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, Sentencia de 13 Nov. 2008, Rec. 24613/2004 caso Muszyñski contra Polonia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de marzo de 2018, Rec 16538/17 caso Şahin Alpay v. Turquía (16538/17).

STEDU de 19 de diciembre de 2013, Rec 55299/07 caso Pastukhov and Yelagin contra Rusia.

TC

STC 47/2000 Del Pleno de 17 de Febrero, Rec. 889/1996.

STC 191/2004 Sala 2ª de 2 Nov. 2004, Rec. 6674/2002.

STC 23/2002 de 28 Ene. 2002, Rec. 581/2001.

STC Del Pleno 37/2020 de 25 Feb. 2020, Rec. 2971/2018.

STC 83/2019 Sala 1ª de 17 Jun. 2019, Rec. 365/2018.

STC 98/2002 de 29 Abr. 2002, Sala 1ª, Rec. 2131/2001.

STC 50/2009 de 23 Feb 2009. Sala 2ª, Rec. 7925/2010.

TS

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 18 Sep. 2025, Rec. 20775/2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

COMENTARIO A SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 374/2025 DE 15 DE ABRIL. ASESINATO Y LESIONES CON INSTRUMENTO PELIGROSO

Nuria Jurado Román

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Criminóloga y Mediadora

SUMARIO: *I. Introducción. II. Hechos enjuiciados. III. Sentencia y condena. IV. Motivos del recurso de casación. Agravante de alevosía y ruptura del título de imputación en supuestos de coautoría. Societas sceleris y autoría. Desistimiento. Doctrina TEDH y TC sobre imposibilidad de agravar una sentencia a partir de valoración probatoria de elementos del tipo penal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Adenda*

Resumen: *El Tribunal Supremo en su STS nº 374/25 de 15 de abril, analiza la agravante de alevosía y la ruptura del título de imputación en supuestos de coautoría, por cuyo motivo el TSJ absolvió del delito de tentativa de asesinato a dos de los coautores, manteniendo la condena por un delito de lesiones consumadas con instrumento peligro; siendo condenado el tercer coautor como responsable de un delito de asesinato. Examina la posibilidad de desistimiento, concluyendo su no concurrencia.*

I. INTRODUCCIÓN

Frente a Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II nº 374/2025 de 15 de abril se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por las representaciones procesales de Tomás (uno de los tres condenados), y Alexis (acusación particular) frente a la Sentencia núm. 203/2022, 21 de julio, (rollo de apelación 79/22), dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (que resolvía el recurso de apelación frente a la Sentencia dictada con fecha 11 de noviembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, por delito de asesinato en grado de tentativa), siendo parte recurrida Artemio y Bernabé (los otros dos condenados), y acusación pública el Ministerio Fiscal.

II. HECHOS ENJUICIADOS

En cuanto a los HECHOS ENJUICIADOS, la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 2021 (rollo nº 4370/2021, dimanante del sumario 1/2020 tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla), por delito de asesinato en grado de tentativa, cuyos hechos probados son los siguientes:

Primero. - Sobre las 7 horas del día 27 de enero de 2019 D. Alexis y el acusado D. Tomás, cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, coincidieron en la discoteca "La Latina", ubicada en la calle Cartografía de esta capital, de la que era propietaria Dª Inmaculada.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Segundo. - En un momento dado por razones no concretadas, pero, al parecer relacionadas con una mujer, ambos comenzaron a discutir y enfrentarse verbalmente, desarrollándose un incidente en el que intervinieron los otros dos acusados, D. Artemio y D. Bernabé, igualmente circunstanciados.

Tercero. - En forma tampoco concretada los cuatros terminaron en la calle ***siendo agredido D. Alexis a la vez por los tres acusados que le golpeaban a base de puñetazos****. En el curso de esta agresión el acusado sr.* ***Tomás con un arma blanca*** *de características no determinadas al no haber sido hallada,* ***abordó por detrás al sr. Alexis asestándole primero dos golpes en la espalda con intención de acabar con su vida y a continuación otros dos golpes en el glúteo izquierdo*** *tras lo cual se apartó sin que conste si abandonó el lugar o permaneció en las proximidades.*

Cuarto. - ***Los golpes con arma blanca tuvieron lugar a la vista de los otros dos procesados que continuaban golpeando a la víctima, conducta en la que prosiguieron tras apartarse Tomás****,* ***llegando Artemio a golpear con una porra extensible por el cuerpo y*** *especialmente* ***en la cabeza a la víctima, caída en el suelo, inerte y semiinconsciente****. A continuación Bernabé acercó su automóvil y entre ambos acusados* ***introdujeron en el maletero a Alexis, a quien habían bajado los pantalones, diciendo que iban a tirarlo al río y "desgraciarlo"****. Ante los gritos de auxilio de la víctima que daba golpes desde el interior del habitáculo del maletero, las personas allí presentes comenzaron a reaccionar gritando que lo sacaran, que se llamara a una ambulancia y que lo dejaran salir, lo que hizo a* ***Artemio y a Bernabé cambiar de opinión y pasar a la víctima a otro automóvil en el que uno de ellos****, junto con otra persona no identificada,* ***trasladaron a Alexis al Centro de Salud*** *sito en la calle Mar de Alborán, desde donde fue derivado a la UCI del Hospital Virgen Macarena.*

Quinto. - Como consecuencia de la agresión D. Alexis sufrió las siguientes ***lesiones****:*

1) una herida en la zona dorsal derecha paravertebral a nivel de dorsales bajas de uno 5 centímetros de longitud y 3 centímetros de profundidad, con trayecto a través del espacio interespinoso D1O-D11 produciendo hemisección medular derecha a nivel de dichas vértebras sin hematoma intrarraquídeo, desde el cual atravesó el canal espinal en dirección oblicua hacia la base pulmonar izquierda dejando una solución de continuidad de aproximadamente 1 centímetro en el diafragma y una pequeña laceración el polo superior del riñón izquierdo;

2) una herida en la zona dorsal baja izquierda paravertebral de 3 centímetros de longitud y 5 centímetros de profundidad con afectación de plano muscular;

3) una herida al nivel del tercio inferior del glúteo izquierdo de unos 3 centímetros de longitud que penetró en masa muscular hacia arriba atravesando fascia;

4) una herida a nivel de la zona inferior del mismo glúteo de unos 3 centímetros de longitud igualmente atravesando fascia con penetración muscular;

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

5) hematomas y contusiones en la cara, con traumatismo facial con hematoma malar izquierdo, causadas en la agresión inicial, y una herida contusa a nivel parietooccipital izquierdo que precisó sutura en tejido celular subcutáneo causada con la porra extensible.

Sexto. - De tales lesiones ***sanó la víctima a los 164 días,*** *tras recibir el 9 de julio siguiente alta de consulta de rehabilitación neurológica, todos ellos con pérdida de calidad de vida grave. Para curar precisó ingreso hospitalario, valoración por traumatología, cirugía torácica, urología y neurocirugía, pruebas complementarias de diagnóstico y, tras descartarse cirugía en heridas internas, tratamiento conservador con sutura de heridas, así como posterior tratamiento farmacológico, fisioterapia motora y reeducación esfinteriana, derivándose tras el alta hospitalaria a Unidad de lesionados medulares para continuar tratamiento rehabilitador en régimen ambulatorio.*

A D. Alexis, de 32 años de edad a la fecha de los hechos le han quedado como ***secuelas*** *síndrome de Hemisección medular moderado que no genera una secuela permanente de parálisis funcional absoluta en dos piernas, así como un perjuicio estético muy importante, derivado de la necesidad de utilizar silla de ruedas y de las cicatrices (cicatriz dorsal paravertebral derecha de 3.5 cm y ora dorsal para vertebral izquierda de 2 cm y cicatrices en región glútea izquierda).*

Por resolución de la Junta Andalucía de 21 de agosto de 2019 al sr. Alexis le fue reconocido un ***grado de discapacidad del 85%,*** *revisable el 12 de agosto de 2024, compuesto por un grado de limitación en la actividad del 75% a causa de paraplejia por sección medular incompleta D8 a L2 traumática, más 10 puntos por factores sociales complementarios.*

Por los hechos recibió asistencia debido a un cuadro de reacción a estrés tipo ansioso que se realizó a través del médico de cabecera sin necesidad de acudir al centro de Salud Mental inicialmente, si bien, al parecer, con posterioridad en los años 2020 y 2021 ha precisado ocasionalmente asistencia especializada en Centro de Salud Mental por trastornos ansiosos depresivos o crisis de ansiedad derivadas de la situación en la que ha quedado tras los hechos, que hace que precise ayuda de terceros para gran parte de las actividades cotidianas.

III. SENTENCIA Y CONDENA

La SENTENCIA de fecha 11 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Ilma. **Audiencia Provincial de Sevilla** (rollo núm. 4370/2021, sumario ordinario núm. 1/2020) fue tramitada por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Sevilla, CONDENANDO al encausado **Tomás**, como autor penalmente responsable de **un delito intentado de asesinato** a la pena de 10 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y CONDENA a los encausados **Bernabé** y **Artemio** como autores penalmente responsables de **un delito intentado de asesinato** concurriendo en ambos, la atenuante de reparación del daño, a la pena de 9 años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago por terceras partes de las costas devengadas en esa instancia.

Y en vía de **RESPONSABILIDAD CIVIL**, los tres condenados indemnizarán conjunta y solidariamente a Alexis en la cantidad de 450.000 euros por todos los conceptos derivados de las lesiones y secuelas causadas; y Artemio y Bernabé indemnizarán conjunta y solidariamente a Alexis en la cantidad de 200 euros por la lesión causada en la cabeza; con los intereses del artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en fase de ejecución de sentencia; y absolviendo a Dª Inmaculada del pago de tales indemnizaciones como responsable civil subsidiaria en su condición de propietaria de la discoteca donde suceden los hechos.

Las representaciones procesales de Tomás (condenado), Alexis (acusación particular), Artemio (condenado) y Bernabé (condenado), prepararon recurso de **APELACIÓN**, siendo resuelto por la **Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia** de Andalucía, Ceuta y Melilla, en SENTENCIA núm. 203/2022, 21 de julio, **estimando parcialmente** el recurso interpuesto, ANULANDO la condena impuesta a **Bernabé y a Artemio** y los declaró autores **responsables de un delito de lesiones con instrumento peligroso**, concurriendo en ambos la **agravante de ALEVOSÍA** y la atenuante de **REPARACIÓN DEL DAÑO**, condenándolos a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y manteniendo la condena de Tomás por el delito de asesinato en grado de tentativa.

***El fallo es el siguiente**:*

*PRIMERO. - **Desestimar** los recursos de **apelación** interpuestos por la procuradora Dª M.ª Ángeles Castillo del Toro, en nombre y representación de **Tomás**, y por el procurador D. Eugenio Carmona Delgado, en nombre de Alexis, ambos contra la sentencia dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla el 11 de noviembre de 2021, en la causa de que dima el presente Rollo.*

*SEGUNDO.- **Estimar en parte** el recurso de **apelación** planteado contra dicha resolución por la procuradora Dª M.ª Ángeles Castillo del Toro, en nombre y representación **de Artemio y de Bernabé**, **absolviendo a dichos procesados del delito de asesinato** que se les imputaba, **condenándoles en su lugar, como autores de un delito de lesiones con instrumento peligroso**, antes definido, **concurriendo en ambos la agravante de alevosía y la atenuante de reparación del daño**, a la pena de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, a cada uno de ellos, y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Alexis en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las lesiones que le ocasionaron, las descritas en el apartado 5º del hecho probado quinto de la sentencia, se determinará en ejecución de sentencia a la vista del informe médico forense emitido, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

IV. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. AGRAVANTE DE ALEVOSÍA Y RUPTURA DEL TITULO DE IMPUTACIÓN EN SUPUESTOS DE COAUTORÍA. *SOCIETAS SCELERIS* Y AUTORÍA. DESISTIMIENTO. DOCTRINA TEDH y TC SOBRE IMPOSIBILIDAD DE AGRAVAR UNA SENTENCIA A PARTIR DE VALORACIÓN PROBATORIA DE ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

1. Motivos del recurso de casación

Se plantea RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala II del Tribunal Supremo, por las representaciones procesales de Alexis, (acusación particular) y de Tomás (condenado), por los siguientes MOTIVOS CASACIONALES:

1. El de Tomás (condenado por delito de asesinato en grado de tentativa), por infracción de ley;
2. El de Alexis (acusación particular) por interés casacional al amparo del art. 849.1.º de LECr, por contravenir la sentencia, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En relación con el primer motivo, alega la defensa letrada del condenado Tomás:

1. Que en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial se contienen expresiones que aluden a '**razones no concretadas'**, y se hace referencia a '**coincidencias valorativas**' de la sentencia de instancia y la dictada en apelación respecto de los coencausados;
2. Que hay '**error de calificación**' al considerar que los hechos imputados a Tomás son constitutivos de un delito de asesinato y no de lesiones consumadas, en el sentido calificado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con el **apuñalamiento** de Alexis (las heridas carecían de entidad para poner en peligro su vida conforme a la prueba pericial médico-forense);
3. **Que no existió alevosía** *...bajo ningún concepto se pretendía conseguir la anulación de la defensa de la víctima, todo ello pues existía una muchedumbre alrededor cuando ocurrieron los hechos*; que no hubo indefensión (fue ayudado por otros testigos y trasladado a un centro hospitalario);
4. Que **no hubo intención o dolo de matar** (en las relaciones previas entre autor y víctima, en la actitud posterior al hecho o en el medio empleado por el encausado; las cuchilladas no fueron inferidas en una zona vital la tener todas ellas la misma altura, sin llegar a correr peligro la vida de la víctima);
5. Que se pudo apreciar un **desistimiento activo** por parte de Tomás, y no se hizo (el encausado marchó después de comprobar que la víctima se encontraba asistida por el resto de los encausados; Alexis se hallaba en el maletero del coche para ser trasladado al hospital, *se va por tanto con la certeza de que la víctima había sido socorrida y que, por tanto, junto con el desistimiento de su acción al cesar en las puñaladas, ya se había evitado el resultado de muerte;*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

6. Atribuye a la víctima un *notorio ánimo recaudatorio"* que le lleva a magnificar las lesiones con el fin de obtener una indemnización que convierta a los tribunales *en una oficina recaudatoria*.

2. Agravante de alevosía

El Tribunal Supremo considera que el recurrente entremezcla su desacuerdo con la calificación de los hechos como constitutivos de una tentativa de asesinato, con la insuficiencia probatoria; el recurrente entiende que no hay base fáctica para apreciar la alevosía, ante la inexistencia de *animus necandi* y, que el encausado desistió de la acción entablada, procediendo rebajar en dos grados de la pena impuesta.

El Tribunal Supremo discrepa del punto de vista del recurrente, porque bajo su prisma, fluye de los hechos probados, la **voluntad homicida** ejecutada mediante un **acto alevoso** (Tomás se suma a la trifulca *con un* ***arma blanca*** *de características no determinadas al no haber sido hallada,* ***abordó por detrás al sr. Alexis*** *asestándole primero dos,* ***golpes en la espalda*** *con intención de acabar con su vida y a continuación otros dos* ***golpes en el glúteo izquierdo*** *tras lo cual se apartó sin que conste si abandonó el lugar o permaneció en las proximidades; la* ***reiteración en las acometidas*** *(cuatro, dos de ellas en la zona dorsal paravertebral), la parte del cuerpo a la que se dirigieron las dos últimas (que alberga* ***órganos vitales****, como conoce cualquier hombre medio), el empleo de un arma blanca y la* ***intensidad*** *de los golpes infligidos (llegando uno de ellos impactar entre las vértebras dorsales 010 y D11, llegando a seccionar la médula, y continuando hasta alcanzar el pulmón izquierdo y el polo superior del riñón del mismo lado), demuestran bien a las claras que* ***la intención del acusado era acabar con la vida*** *del Sr. Alexis, lo que no consiguió por causas ajenas a su voluntad,* ***no existiendo un desistimiento voluntario****, pues el hecho de que no insistiera en el ataque obedeció más bien a la necesidad de ausentarse del lugar para que no lo detuvieran y para dificultar su Identificación por parte de las numerosas personas que allí llegaron a congregarse.*

Se trató de un **ataque alevoso**: *la presencia de la alevosía también es incuestionable, pues tras la inicial agresión de los tres acusados, cuya superioridad numérica disminuía las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, Tomás se separó de ellos y lo atacó súbita y sorpresivamente por la espalda, privándole de cualquier posibilidad de defensa, con lo que estamos ante una mezcla de las denominadas alevosía proditoria y sorpresiva.*

Rebate el Alto Tribunal en la sentencia, que la defensa letrada intenta minimizar el alcance de las heridas con referencia a un informe posterior que demostraría que las **secuelas** que padece Alexis han sido sobredimensionadas, con la finalidad de obtener una indemnización más cuantiosa; la evolución ulterior de las secuelas no permiten un juicio retrospectivo para relativizar su objetiva gravedad y el riesgo que podían haber representado para el caso en el que el curso natural de su evolución se hubiera ajustado a la inicial voluntad del agresor.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La tipicidad de los hechos por el Tribunal de instancia cuenta con una **base probatoria** suficiente -declaración de la víctima, corroboración del testigo protegido núm. NUM000, la declaración de los policías que practicaron las primeras diligencias y se entrevistaron con la víctima y el informe médico forense acerca).

3. Desistimiento

Respecto al **desistimiento voluntario**, se trata de la evitación voluntaria de la consumación del delito -un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico[1]-; hay que diferenciar entre el '**desistimiento en sentido propio**' (arrepentimiento eficaz que supone una interrupción de la actuación delictiva llevada a cabo en el curso de la ejecución del ilícito que se ve interrumpida antes de su conclusión y de alcanzar el resultado) y el '**desistimiento activo**' (evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado, a pesar de haber realizado previamente el autor todos los actos a él conducentes) del apartado 2 del **artículo 16 del Código Penal -excusa absolutoria incompleta** que excluye la responsabilidad penal del agente, ambas formas de desistimiento[2]-.

De este modo los hechos probados describen un acometimiento completo por parte de Tomás a la víctima sin evitación del riesgo por él generado; la ejecución alcanzó un grado de desarrollo que hace inviable la apreciación del desistimiento voluntario del artículo 16.2 del Código Penal; considerando la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que el hecho que el encausado se ausentara del lugar tras comprobar que el herido estaba siendo atendido, no comporta una acción eficaz y personal en evitación del resultado como se exige para apreciar el desistimiento.

Por lo expuesto, se desestima el primer motivo de impugnación del recurso de CASACIÓN.

En relación al **segundo motivo del recurso de casación**, interpuesto por Alexis (acusación particular) por **interés casacional al amparo del art. 849.1.º de LECr**, por contravenir la sentencia, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, considera el recurrente que los encausados **Artemio e Bernabé -inicialmente condenados por la Audiencia Provincial como autores de un delito intentado de asesinato y absueltos de este delito en virtud del recurso de apelación**, que los consideró **responsables de un delito consumado de lesiones**- actuaron conjunta y coordinadamente con el autor del apuñalamiento, Tomás, y todos ellos buscaban acabar con la vida de Alexis; entendiendo el recurrente, que la actuación alevosa de Tomás fue asumida por los otros que, **en una clara progresión delictiva incurrieron en la alevosía por**

[1] STS 294/2012, 26 de abril -desistimiento voluntario-.
[2] Cfr. SSTS 86/2015, 25 de febrero; 1188/2010, 30 de diciembre y 456/2009, 27 de julio, entre otras muchas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

desvalimiento (a la vista de la situación en la que se encontraba el agredido, tirado en el suelo, ensangrentado, semiinconsciente e inerte).

Por su parte, la decisión del **Tribunal Superior de Justicia** (resolviendo recurso de apelación) de alterar el título de imputación a los encausados, se expone en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida; parte de ausencia probatoria en un **previo concierto entre los tres encausados** para acabar con la vida de Alexis; el episodio agresivo que concluyó en las graves heridas de Alexis, se fragmentó en dos secuencias fácticas claramente diferenciadas y que no pueden integrarse en un propósito compartido y ejecutado por los tres encausados; **la sentencia (del TSJ) recurrida considera a Artemio y a Bernabé como autores de un delito consumado de lesiones con instrumento peligroso**, al distinguir dos partes diferenciadas, *una primera en la que intervinieron los tres encausados y que culminó con el apuñalamiento de Alexis, y una segunda en la que sólo participaron Bernabé y su tío Artemio, pues Tomás se apartó del grupo, desconociéndose si abandonó el lugar o permaneció en los alrededores (…)* ***cabe descartar la existencia de un concierto previo entre los tres acusados para acabar con la vida del Sr. Alexis****, pues el altercado se originó en el interior de la discoteca, entre él y Tomás, no por rencillas anteriores, sino al parecer por una disputa relacionada con alguna mujer, o por un empujón fortuito.*

La resolución recurrida indica que *Artemio (portero del establecimiento), y su sobrino Bernabé, se sumaron al Sr. Tomás, y los tres golpearon a Alexis con las manos, terminando todos en la calle, surgiendo de este modo entre los tres, de forma implícita y simultánea a la acción, un acuerdo para agredirlo conjuntamente, no habiendo razones para pensar que en ese instante inicial hubieran decidido matarlo. En definitiva,* ***no resulta acreditado que los recurrentes conocieran el propósito de Tomás, ni que se unieran a él para, entre los tres, acabar con la vida de Alexis****, y si bien es cierto que con sus actos y expresiones posteriores (introduciéndolo en el maletero de un vehículo, mientras decían que lo Iban a tirar al río), exteriorizaron esa supuesta intención, lo cierto es que poco después demostraron que no habían pensado realmente hacerlo, o* ***desistieron de su propósito****. Y no solo eso, sino que, una vez fueron conscientes de que las lesiones que había ocasionado el Sr. Tomás podían revestir gravedad, decidieron que había que trasladarlo en un vehículo a un centro de salud, lo que hizo uno de ellos junto con un tercero, no limitándose a dejarlo en la puerta, sino que lo introdujeron en su interior, acompañándolo junto al celador que conducía la silla de ruedas en donde lo habían sentado, como se puede ver en las imágenes captadas por las cámaras allí instaladas.*

El Tribunal Supremo indica que **no está en condiciones de variar la tipicidad** que llevó al Tribunal Superior de Justicia a etiquetar la acción de los acusados Artemio e Bernabé como constitutivas de **un delito de lesiones consumadas**; y ello, a la vista de la línea de razonamiento indicada, a la que considera plenamente coherente con la doctrina de la Sala Segunda y con la más elemental exigencia del **principio de la responsabilidad por el hecho propio**.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4. Ruptura del título de imputación en supuestos de coautoría. *Societas sceleris* y autoría

La apreciación de **coautoría** se apoya necesariamente en una doble vertiente. Una de carácter subjetivo -que exige una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, que puede incluso presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta-; y otra de naturaleza objetiva.

El simple acuerdo de voluntades o ***societas sceleris*** no es suficiente para configurar el concepto de autor; debe ir acompañado de un **reparto de funciones dirigidas todas a la consecución del objetivo común asumido**, y que sean relevantes para el éxito del plan proyectado[3], de suerte que aunque exista el acuerdo común **no** podrá legalmente calificarse de **coautoría** la participación en el delito de quien desempeña una **función subsidiaria** sin suficiente relación causal y eficacia con el resultado perseguido; pero sí, cuando el individuo aporta una **contribución objetiva y causal** para la producción del hecho típico querido por todos, porque si el sujeto no ha ejecutado personalmente los actos materiales que integran el núcleo del tipo, pero ha desempeñado funciones asignadas en el plan común, relevantes, principales y causalmente decisivas, en este caso la aportación revela el **dominio funcional** sobre el hecho a realizar[4].

La **ruptura del título de imputación** en supuestos de naturaleza similar al que se analiza por el Tribunal Supremo en la sentencia recurrida en casación, ha sido anteriormente examinada en otras de sus resoluciones; por ejemplo en la Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo nº 1280/2009, 9 de diciembre *...ni en la inicial agresión sufrida por la víctima en la cabeza aparece intervención o aportación objetiva alguna del recurrente, de mínima relevancia o significación para el dominio funcional del hecho, ni la que luego desarrolla con patadas sobre la víctima caída es una* ***participación adhesiva o sucesiva*** *por no ser causal respecto a las lesiones en la cabeza al estar éstas ya producidas por la acción de los otros cuando el ahora recurrente interviene. Esta acción de las patadas propinadas por el acusado, y desconectadas en lo que a él se refiere de la acción lesiva conjunta de los otros dos acusados.*

5. Doctrina TEDH y TC sobre imposibilidad de agravar una sentencia a partir de valoración probatoria de elementos del tipo penal

La Doctrina jurisprudencial del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** y el **Tribunal Constitucional** -plenamente asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo- **impide agravar** una sentencia que incorpora una decisión ajena a la **valoración probatoria** de los hechos -ya sea en la instancia o en la apelación-.

[3] STS 154/2002 de 5 de febrero -acuerdo de voluntades o 'societas sceleris o pactum scalaeris' y concepto de autor-.

[4] Cfr. SSTS 516/2012, 15 de junio; 1280/2009, 9 de diciembre; 1031/03, 8 de septiembre; 1497/03, 13 de noviembre; 1564/03, 25 de noviembre; 56/04, 22 de enero; 251/04, 26 de febrero, y 415/04, 25 de marzo, entre otras muchas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La principal función del Tribunal Supremo en el recurso de casación no es revisar los hechos o pruebas de un caso (no es una tercera instancia), sino actuar como máximo garante de la correcta interpretación y aplicación de la ley. Su objetivo es unificar la doctrina jurisprudencial, asegurando que todos los tribunales apliquen el Derecho de manera uniforme en todo el territorio.

De este modo, cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el punto de inflexión entre la sentencia absolutoria y la condenatoria, sea una cuestión jurídica, para su resolución no será necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado[5]. Si el objeto de debate en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas -como en el presente caso, la solicitud de agravación de condena planteada-, su resolución no requiere oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem*[6] puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

Si bien, la **STC nº 157/2013**, 23 de septiembre -con cita de la *STC 126/2012, de 18 de junio*, FJ 4- puntualiza que *el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales*, siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la **jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** que cita la sentencia, (*SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España* , §§ 46 a 49[7]; y *de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España*, §§37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido[8].

Así, concluye el Alto Tribunal en la sentencia aquí examinada, que la singular configuración de la **casación penal**[9] como recurso de naturaleza **extraordinaria**[10]- no puede subvertir lo resuelto en la instancia o en la apelación, a partir de una **valoración probatoria** de los elementos que integran la estructura del tipo penal[11],

[5] SSTS 171/2022, 24 de febrero; 170/2022, 24 de febrero; 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, y 170/2002, 30 de septiembre.

[6] Tribunal *ad quem* - juez o tribunal superior ante el cual se presenta recurso para que revise, modifique o anule la resolución dictada por un juez de instancia o apelación-.

[7] Significado de §§ -el doble símbolo "§§" es la abreviatura plural de "párrafos" o "apartados"-

[8] SSTEDH de 20 marzo 2012, caso Serrano Contreras c. España, §§ 37 a 39; y de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España, § 35.

[9] Vid. T. R. Fernández, Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta, Revista de Administración Pública, núm. 207, 2018. Así, afirma que *la actitud rigorista enfatiza la función que al nuevo recurso de casación ha atribuido la Ley Orgánica 7/2015 de asegurar la formación de jurisprudencia.*

[10] ATC 41/2018, de 16 de abril (Esta naturaleza de recurso especial o extraordinario se acentúa en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio).

[11] FGE Circular 1/2020, de 03 de enero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

cerrando cualquier posibilidad de estimación de las alegaciones de la acusación particular ex artículo 885.1 de la LECr; procediendo a la desestimación del segundo motivo planteado.

V. CONCLUSIONES

El análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II nº 374/2025 de 15 de abril, aquí examinada, trae su casa de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (que resolvía apelación frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, por delito de asesinato en grado de tentativa; delito que fue tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla).

La Audiencia Provincial, por el delito intentado de asesinato fueron absueltos en apelación los dos encausados, y los consideró responsables de un delito consumado de lesiones, con la atenuante de reparación del daño.

El TSJ **estimó parcialmente** el recurso, anulando la condena impuesta a **Bernabé y a Artemio** y los declaró autores **responsables de un delito de lesiones con instrumento peligroso**, concurriendo en ambos la **agravante de ALEVOSÍA** y la atenuante de **REPARACIÓN DEL DAÑO.**

La Sentencia del TSJ es recurrida en vía casacional por los motivos de infracción de ley y por interés casacional del art. 849.1.º de LECr, por contravenir la sentencia, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La Sala Segunda del TS aprecia *dolus necandi*, alevosía, si bien no considera la aplicación del desistimiento activo.

Hace hincapié el Alto Tribunal en que el simple acuerdo de voluntades o ***societas sceleris*** no es suficiente para configurar el concepto de autor, siendo necesario que se acompañe de un **reparto de funciones dirigidas todas a la consecución del objetivo común asumido**, y relevantes para el éxito del plan proyectado, siendo necesaria una **contribución objetiva y causal**, que es la que revela el **dominio funcional** sobre el hecho a realizar; en otro caso, se produciría la **ruptura del título de imputación**.

Por último, la STS analizada recoge la Doctrina jurisprudencial del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** y del **Tribunal Constitucional** -plenamente asumida por el Alto Tribunal- que **impide agravar** una sentencia que incorpora una decisión ajena a la **valoración probatoria** de los hechos -ya sea en la instancia o en la apelación-; por cuanto su función casacional no es revisar los hechos o pruebas -no es una tercera instancia-, sino actuar como máximo garante de la correcta interpretación y aplicación de la ley, unificando doctrina jurisprudencial, asegurando que todos los tribunales apliquen el Derecho de manera uniforme en todo el territorio.

Y en este sentido, desestima los dos motivos del recurso planteados.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VI. BIBLIOGRAFÍA

T. R. FERNÁNDEZ, *Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta, Revista de Administración Pública, núm. 207, 2018.*

VII. ADENDA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo *(STS 294/2012, 26 de abril -desistimiento voluntario-; cfr. SSTS 86/2015, 25 de febrero; 1188/2010, 30 de diciembre y 456/2009, 27 de julio, entre otras muchas; Sentencia Sala Segunda Tribunal Supremo nº 1280/2009, 9 de diciembre; STS 154/2002 de 5 de febrero -acuerdo de voluntades o 'societas sceleris o pactum scalaeris' y concepto de autor-; cfr. SSTS 516/2012, 15 de junio, 1280/2009, 9 de diciembre; 1031/03, 8 de septiembre; 1497/03, 13 de noviembre; 1564/03, 25 de noviembre; 56/04, 22 de enero; 251/04, 26 de febrero, y 415/04, 25 de marzo, entre otras muchas; SSTS 171/2022, 24 de febrero; 170/2022, 24 de febrero; 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, y 170/2002, 30 de septiembre).*

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional *(STC nº 157/2013, 23 de septiembre -con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio-; y* [1] *ATC 41/2018, de 16 de abril «Esta naturaleza de recurso especial o extraordinario se acentúa en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio).*

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *(SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, §§ 46 a 49*[12]*; y de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, §§37 y 39), y posteriores en idéntico sentido).*

FGE Circular 1/2020, de 03 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil, en lo que sea aplicable a la jurisdicción penal, por analogía

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y posteriores modificaciones.

[12] Significado de §§ -el doble símbolo "§§" es la abreviatura plural de "párrafos" o "apartados"-

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Gemma Mestres Puyol

Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Provincial de Barcelona

SUMARIO: *I. Introducción. II. Marco normativo. III. Características del delito de tráfico de drogas. IV. Algunos problemas. V. Conclusiones. VI. Bibliografía y jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la salud pública están regulados en el Libro II, Título XVII, capítulo III del Código Penal Español.

Vamos a analizar únicamente el delito de tráfico de drogas, delito al que el Código Penal le dedica los artículos 368 a 378 y algunos problemas que puede plantear este tipo de delito en relación con el concurso de normas, la tentativa, la continuidad delictiva, la complicidad, el principio de insignificancia, los actos preparatorios, el consumo compartido, la agravación en establecimiento abierto al público, la agravación de notoria importancia, agravación por organización, penalidad de las formas agravadas, la posibilidad de atenuación de las penas.

II. MARCO NORMATIVO

El delito de tráfico de drogas viene regulado entre los delitos contra la salud pública, concretamente en el art. 368 del Código Penal: *Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*

Uno de los errores que se critica a la redacción del artículo 368 es la terminología utilizada para designar el objeto material – las "drogas tóxicas", los "estupefacientes", y las "sustancias psicotrópicas"– como si fueran tres elementos diferenciados[1].

[1] REY HUIDOBRO, L. F., L. F. (1999). *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Editorial Bosch (pp. 62-74).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Para la doctrina jurídica mayoritaria el término "droga" es la expresión general en la que se engloban las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que especifican la manera concreta en la que actúan las drogas tóxicas[2].

Los estupefacientes actúan provocando adormecimiento y obnubilación. Se entienden como tales las mencionadas en las listas I, II y IV de la Convención única de 1961, modificada por el Protocolo de Ginebra del 25-3-1972[3].

Por su parte, las sustancias psicotrópicas se encuentran recogidas en el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971[4] y ahí vienen definidas en el artículo 2 como aquellas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, y que tienen como resultado alucinaciones, trastornos de la función motora, del juicio, del comportamiento, o del estado de ánimo. Están especificadas en las listas I, II y III anexas al Convenio[5].

Como el Código Penal no proporciona una definición sobre el objeto material del delito y tampoco nos remite de manera expresa a ningún otro texto legal, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán: o elementos normativos, que deberán ser valorados para darle contenido al tipo; o bien elementos que requieren ser completados acudiendo a normas extrapenales, considerando entonces que el artículo 368 es una ley penal en blanco.

Si se considera que el artículo 368 del CP es una ley penal en blanco, deberemos acudir a los tratados internacionales y a la normativa estatal a nivel interno para castigar exclusivamente las drogas que en ellos se encuentren[6].

Los listados internacionales a los que nos referimos son el Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas y el Convenio de Viena de 1971, ratificados y publicados en el BOE, por lo que de acuerdo con el art. 96.1 CE, son ley interna para España y obliga a nuestro país a sancionar penalmente las conductas relacionadas con las drogas en él descritas. Pues de lo contrario, los Convenios a pesar de ser adoptados en España no podrían ser ejecutivos[7].

---

[2] SEQUEROS SAZATORNIL, F. (2000) El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial), pp. 79-82, editorial Colex y MOLINA MANSILLA, M. C., (2001) El delito de narcotráfico, pp. 56 a 55, editorial Akal.

[3] Convención Única de 1961, sobre estupefacientes, enmendada por Protocolo de 25 de mayo de 1972. Nueva York, 8 de agosto de 1975.

[4] Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

[5] HAMMU, R.,(2012) Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas, pp. 37 a 38. Publicaciones jurídicas.

[6] LUENGO CELADILLA, S., (2015) Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas, pp. 14 a 16. Editorial Académica Española.

[7] REY HUIDOBRO, L. F., (1999) El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español, pp. 62 a 74. Editorial Bosch.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La jurisprudencia más reciente entiende que este precepto penal es una ley penal en blanco. Así lo manifiesta la STS de 15 de julio de 1985, afirmando que existe una proyección indirecta hacia el ámbito extrapenal[8] y más recientemente las sentencias del tribunal supremo 1020/2011 de 11 de octubre [9] y 713/2013 de 24 de septiembre[10], en las que se absuelven del delito contra la salud pública al entender que nuestro sistema jurídico emplea un criterio enumerativo por remisión a los convenios internacionales, utilizando un sistema de listas entre las que no se encontraba la ketamina en el momento de producirse los hechos.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

La Organización Mundial de la Salud define droga como "toda sustancia que introducida en un organismo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia"; también define las sustancias psicoactivas como "cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento[11].

El bien jurídico protegido es la salud pública y no la salud individual del consumidor. Se trata de un delito de peligro abstracto, que requiere que la droga llegue a un consumidor, basta con ponerla en circulación o facilitar su acceso.

Son actos típicos del delito de tráfico de drogas, el cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento, facilitación del consumo ilegal, y posesión para dichos fines (incluso precursores).

Es un delito de "mera actividad", la tenencia destinada a la venta se consume en el momento de la posesión, sin requerir la venta efectiva.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

1. La posesión al unísono de sustancias que causan grave daño a la salud y de sustancias que no causan grave daño a la salud

Estamos ante un concurso de normas que debe resolverse como establece el art. 8.4 CP conforme al principio de alternatividad: atender al precepto o grupo de preceptos de mayor rango punitivo (vid. SSTS 467/1999, de 18 de marzo o 327/2010, de 12 de abril).

El bien jurídico protegido es único lo que nos aleja del concurso de delitos, y nos aproxima indicativamente al territorio propio del concurso de normas. Además, estamos ante una actividad de tracto continuado.

[8] STS. de 15 de julio de 1985, considerando 5.
[9] STS 1071, de 11 de octubre de 2011, FJ 2.
[10] STS 713/2013, de 24 de septiembre, FJ 1.
[11] DÍAZ CORTÉS, L. (2001) "Aproximación al concepto de droga ilícita a efectos penales", p. 2. Universidad de Salamanca.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El principio de especialidad (art. 8.1 CP) no resuelve el conflicto: sería aplicable el art. 368 inciso final y 370.3, de una parte; o, de otra, el art. 368 inciso penúltimo y 368.2. En ambas disyuntivas hay un núcleo común (tenencia drogas) junto con elementos que presentan especialidad: la naturaleza de la droga y otros factores adicionales (por una parte, la menor gravedad -art. 368.2-; y, por otra, el uso de una embarcación -art. 370.3).

En esos casos el principio de absorción por el precepto o preceptos que tengan mayor rango punitivo nos lleva a optar por la calificación más grave: arts. 368 inciso final y 370.3 CP. Otra cosa es que al fijar la penalidad pueda y deba tomarse en consideración (art. 66 CP) que se ocupó también sustancia que causa grave daño a la salud y es lógica esa opción pues solo por la cantidad nos tendríamos que situar ya en el escalón superior (art. 369.1º.5º)[12].

2. La admisibilidad excepcional de la tentativa

Debido a la amplitud de los verbos típicos del artículo 368 (promover, favorecer, facilitar, poseer), la figura de la tentativa tiene un encaje muy restringido. La jurisprudencia considera que el delito se consuma en cuanto existe disponibilidad de la droga o un acuerdo para su transporte, incluso si el sujeto no llega a tocar físicamente la sustancia. La tentativa solo suele apreciarse en casos muy específicos donde el sujeto no ha participado en los actos previos al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga, lo que entraña una posición desvinculada del concierto inicial para el transporte, incorporándose después mediante una actividad netamente diferenciada[13].

3. La inadmisión de la continuidad delictiva

La estructura del tipo del art. 368 CP permite agrupar en una única infracción delictiva una pluralidad de acciones. Esto es doctrina de aplicación común. Que las operaciones de tráfico de estupefacientes o acciones sean de mayor o menor envergadura no rompe ese principio. Quien se dedica a la venta de drogas al por menor realizó esa actividad en días sucesivos -o discontinuos-; tras una única provisión -o después de varios actos de acopio-; quien dirige una organización que importa drogas valiéndose de *muleros* y finalmente es detenido revelándose su papel directivo en una pluralidad de operaciones que han sido abortadas todas en un aeropuerto español; o quien provee de drogas a otros y lo hace durante un periodo de tiempo en ocasiones sucesivas; cometen tan solo un único delito contra la salud pública.

La iniciación de un nuevo delito solo aparece cuando se produce lo que la jurisprudencia invocada por el recurso ha calificado como *ruptura jurídica.* Ni siquiera podemos hablar de delito continuado.

[12] STS 19.5.2017.
[13] STS 31.3.2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Han de excluirse de la continuidad delictiva los delitos en que el tipo acoge ya una pluralidad de acciones. Un ejemplo de ello puede ser el art. 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito: STS 451/2012 30 mayo), como también todos los tipos que contemplan una actividad desplegada por necesidad en el tiempo. Así sucede con el delito de blanqueo de capitales (SSTS 974/2012 de 5 diciembre, 257/2014 de 1 abril) o 165/2016 de 2 de marzo) y particularmente con los delitos de tráfico de drogas.

En los delitos contra la salud pública se admitió en ocasiones la continuidad delictiva. (SSTS 986/2004 de 13 septiembre, 500/2015, de 24 julio o 972/2006, de 28 septiembre); pero la jurisprudencia más actual se muestra renuente a admitir un delito continuado de tráfico de drogas.

La compatibilidad de los arts. 74 y 368 es dificultosa. El art. 368 es un tipo mixto alternativo que da lugar a un solo delito, aunque se hayan realizado varias de las acciones típicas descritas (por ejemplo, cultivo más venta). Esto es claro. También es evidente que la repetición en un corto espacio de tiempo de una misma conducta es igualmente un caso de unidad típica de acción y por tanto de delito único.

Como en todos los delitos de tracto continuado, surge la cuestión de determinar, cuándo acaba un delito y cuándo comienza otro, punible por separado. El art. 368 se refiere a "actos", en plural. Estamos ante una infracción de mera actividad, permanente y de peligro abstracto (SSTS de 30 septiembre de 1999, 1613/2000 de 23 de octubre o 748/2002 de 23 de abril).

El problema surge de forma análoga, aunque no idéntica, no solo en los casos de delitos de tracto continuado (tenencia de armas o explosivos, por ejemplo); sino también en los delitos permanentes (delitos de detención ilegal); delitos de hábito (maltrato habitual); o delitos en varios actos (impago de pensiones), así como en otros de similar estructura (blanqueo de capitales).

Ha de entenderse que el dato clave radica en el momento en que el sujeto activo es objeto de detención o de una citación que le lleva a conocer que es objeto de investigación por tales hechos.

Así quien vende droga todos los días y es sorprendido, detenido e ingresado en prisión solo habrá cometido un delito contra la salud pública; ni siquiera un delito continuado. Sin embargo, si quien ha sido sorprendido vendiendo una dosis de cocaína, es detenido y momentos después de su puesta en libertad vende otra papelina, habrá cometido dos delitos contra la salud pública. Otra tesis llevaría a la paradoja de que quien ya conoce que contra él se sigue causa penal obtenga con ella una licencia para perpetrar la actividad delictiva, al menos hasta que recaiga sentencia[14].

[14] STS 22.3.2017.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4. El principio de insignificancia

Para que una conducta sea punible, la sustancia debe tener la capacidad de afectar a la salud pública. La jurisprudencia prefiere hablar de toxicidad más que de insignificancia. El criterio clave lo aporta el Instituto Nacional de Toxicología, que determina la dosis mínima psicoactiva. Si la cantidad de principio activo es inferior a ese mínimo (por ejemplo, 0.00066 gramos en el caso de la heroína), se considera que no hay riesgo para el bien ju**rídico y la conducta es atípica.**

El segundo párrafo del art. 368 del Código Penal, ya sea considerado como un tipo atenuado, ya una cláusula de individualización de la pena para proporcionar la pena al hecho declarado probado requiere que en el relato se haga referencia a una situación que evidencie la escasa gravedad y a la concurrencia de circunstancias personales que propicien un menor rigor en la imposición de la pena para adecuarla y proporcionarla al hecho[15].

5. La admisibilidad excepcional de los actos preparatorios

La admisibilidad de los **actos preparatorios** en los delitos de tráfico de drogas es un área jurídicamente compleja debido a que el propio tipo penal ya supone, en muchos casos, un adelanto de la barrera de protección.

Existe una problemática constante para diferenciar los actos de ejecución de los actos preparatorios, dado que el artículo 16 del Código Penal establece el principio de ejecución como límite mínimo para castigar una conducta. Para que exista tentativa en la modalidad de posesión, el autor debe haber comenzado a poseer, lo cual ocurre cuando la sustancia está **"a la mano"** o el sujeto adquiere un poder de disposición directo sin intermediarios. Si el sujeto aún depende de que un tercero le traiga la droga para tenerla a su disposición, no se considera que haya comenzado la ejecución.

La doctrina considera que castigar la posesión para el tráfico ya es, de por sí, una forma de penalizar actos que son preparatorios para el tráfico en sentido estricto. Por ello, penalizar "la preparación de esa preparación" (actos anteriores a tener la droga) resulta difícil de encajar como comienzo de ejecución.

El artículo 373 del Código Penal, en relación con el 17, permite castigar excepcionalmente hechos previos al comienzo de la ejecución a través de dos figuras:

La proposición ocurre cuando alguien invita a otro a participar en la ejecución de un plan delictivo ya resuelto. Se considera una especie de "tentativa de inducción". Sin embargo, si un comprador simplemente pretende adquirir droga de un vendedor para distribuirla por su cuenta, no hay proposición, ya que no pretende incorporar al vendedor a su propio plan de tenencia y la **conspiración r**equiere el **concierto o**

[15] STS 20.5.2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

acuerdo de dos o más personas para ejecutar el delito. La jurisprudencia entiende que existe conspiración cuando los sujetos acuerdan vulnerar la prohibición genérica de difundir drogas, incluso si cada uno realiza una parte distinta del proceso.

Pareciera que también en este caso se trataría de la realización conjunta de un mismo tipo penal. Ciertamente es necesario reconocer que, en este caso, ambos acusados no han conspirado para cometer el mismo delito en el sentido de la misma acción típica, pues uno ya había consumado la tenencia para el tráfico y el otro todavía no había adquirido la tenencia y, en todo caso, cada uno cometería su propio delito sin la participación del otro. Pero cuando el código se refiere al mismo delito, no se refiere a formas conjuntas de ejecución previstas en los arts. 27 y ss., sino al concierto para vulnerar la misma prohibición genérica de difundir una droga perjudicial para la salud llamada pública. En este caso la concurrencia de los elementos del tipo así definidos no puede ser discutida, dado que el recurrente llegó a un concierto con el otro para vulnerar con la intervención de éste la salud pública. Por lo tanto, la punibilidad se debe sancionar de acuerdo con la pena prevista para la conspiración para el tráfico de drogas.

Si un sujeto ya ha consumado el delito (por ejemplo, ya posee la droga para el tráfico), cualquier acto de conspiración posterior para distribuirla se considera un "hecho posterior copenado", quedando absorbido por el delito principal consumado (art. 8.3º CP)[16].

6. El consumo compartido

Aunque el autoconsumo es atípico en España, el consumo compartido es un nudo jurídico complejo. Para que un grupo de personas que consume droga de forma conjunta no sea castigado por tráfico, la jurisprudencia exige requisitos estrictos:

1º. Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2º. El consumo de esta debe llevarse a cabo "en lugar cerrado". La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º. Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

[16] STS 7.5.2007.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4º. No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario [17].

7. Agravaciones específicas

El Código Penal contempla diversas circunstancias que elevan la penalidad, entre las que destacan:

a) La agravación de establecimiento abierto al público (369.3 CP)

No basta con que se encuentre droga en un local. La agravante exige que el establecimiento sea utilizado de forma habitual como cauce para la distribución, facilitando el acceso indiscriminado a los consumidores.

La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas[...]". En esa misma dirección la STS 889/2008, de 17 de diciembre afirmó que el fundamento de esta agravación se encuentra en el incremento del peligro para el bien jurídico, en cuanto posibilita al consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, que hace posible la presencia indiscriminada de clientes. No es ajena a esta consideración la exclusión de actos puramente esporádicos y aislados en los que no se aprecian las razones agravatorias que se acaban de expresar, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico (SSTS 783/2008 de 20 de noviembre, 1153/2009 de 12 de diciembre, 920/2013 de 11 de diciembre).

La apreciación de la agravante sólo procede en los casos en que el establecimiento abierto al público es el cauce o instrumento de la distribución.[18].

b) La agravación de notoria importancia (369.5 CP)

Se aplica cuando la cantidad de droga excede los límites fijados por la jurisprudencia (por ejemplo, 750 gr. de cocaína o 90 gr. de anfetamina, computando solo el principio activo). En sustancias como el hachís, no es necesario determinar la pureza. Por lo tanto, *el criterio de la pureza o concentración del principio activo no se utiliza en nuestros Tribunales para los productos derivados del cáñamo índico.* (STS núm. 1850/2002 de 3 de diciembre)[19].

En la determinación de las sustancias en las que influye el grado de pureza hay que tener en cuenta un 5% de margen de error, en favor del acusado[20].

[17] STS 8.7.2020.
[18] STS 183/2019 de 27.04.2019.
[19] STS 22.7.2004.
[20] STS 4.5.2005.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

c) La agravación por organización y jefatura (art. 369 bis CP)

La organización criminal se distingue de la mera coautoría por la existencia de una estructura estable, jerarquizada, con reparto de tareas y compuesta por al menos tres personas. La ley distingue penas superiores para los jefes, administradores o encargados, definidos como aquellos con capacidad de decisión y mando sobre el resto de los miembros.

La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal" (SSTS de 19-1 y 26-6-95; 10-2 y 25-5-97 y 10-3-2000). La organización imprime mayor gravedad porque implica la concepción de la estructuración, orientación, funcionamiento del conjunto de las aportaciones; pero este elemento no se da en la adopción de papeles subordinados, definidos y coordinados por la organización. Existe organización para delinquir cuando se acredite la concurrencia estable de una pluralidad de personas, dotadas de una articulación interna, con reparto, normalmente jerarquizado, de papeles y la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

El nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del CP suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de resolverse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal). (SSTS. 334/2012 de 25.4, 732/2012 de 1.10).

En cuanto a la agravación del Jefe, encargado o administrador, el art. 369 bis párrafo 21, el fundamento SST. 312/2011 de 29.4, 628/2010 de 1.7, - descansa en el hecho de que va a recaer sobre personas cuya actividad en el momento del tráfico es menor, puesto que, a mayor riesgo de la actividad delictiva, más alejados se encontrarán los verdaderos cerebros de la operación y de ahí que resulte difícil la detención de estos. Según la doctrina por "jefe" debe entenderse la persona que da órdenes a los otros miembros de la organización; "administrador" es el sujeto al que se le confía la gestión económica de la organización, y "encargado" es la persona que tiene a su cuidado cierta cosa o la persona que dirige un negocio en representación del dueño de este.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El Código Penal establece la diferencia penológica entre jefes, administradores o encargados y los que se supone meros auxiliares o colaboradores, que, por supuesto, no reúnen las notas distintivas de los otros y no tienen ni capacidad de decisión ni de administración ni, por supuesto, son encargados en el sentido jurídico natural de esta expresión (STS 1671/2003 de 15.12).

En cuanto a sus efectos, en estos casos no se puede olvidar que los jefes, administradores o encargados de la organización ya tendrán elevada la pena, dado que necesariamente concurrirá la agravante del art. 369 bis 1 ya que difícilmente podrá hablarse de jefes... si previamente no existe la organización dedicada a la ilícita actividad, por tanto, el arbitrio judicial debe jugar un papel muy importante a la hora de individualizar la pena[21].

d) La penalidad de las formas agravadas de organización más extrema gravedad (art. 369 bis y 370 CP)

La LO 5/2010 modificó sensiblemente la regulación de los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas, modificando las penas hasta entonces previstas. No siempre con la claridad deseable. Cuando se aprecia la existencia de organización y además concurren las circunstancias que determinan la apreciación de la extrema gravedad, es posible acudir a normas distintas que conducen a consecuencias diferentes. El artículo 369 bis contiene una previsión específica para los casos en que se aprecie que los acusados pertenecen a una organización, estableciendo la pena de nueve a doce años de prisión, que se aumentará en un grado cuando se trate de jefes, administradores o encargados, es decir, resultando una pena comprendida entre doce años y un día y 18 años. Igualmente se establece una pena de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga. Sin embargo, el artículo 370 , en el que se regulan los casos de extrema gravedad, sin hacer mención a la pertenencia a una organización, prevé la imposición de la pena superior en uno o dos grados a la prevista en el artículo 368 , lo que conduciría a una pena comprendida entre seis años y un día hasta nueve años, o bien desde nueve años y un día hasta trece años y seis meses de prisión, cuando las circunstancias de los hechos justifiquen la exacerbación de la pena hasta la superior en dos grados, es decir, en estos casos, una pena superior a la prevista para los meros integrantes de la organización. Ambos preceptos podrían ser considerados especiales a los efectos del artículo 8.1, pues ambos contemplan supuestos de agravación respecto de la conducta prevista en el tipo básico a través de la concurrencia de elementos diferenciadores, lo que conduciría a la aplicación de la norma que prevea la pena más grave, conforme al artículo 8.4. Igualmente, conforme al artículo 370, en los casos contemplados en los números 2 y 3, deberá imponerse una segunda multa del tanto al triplo del valor de la droga. En consecuencia, cuando además de la pertenencia a una

[21] STS 12.11.2013.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

organización se aprecie la extrema gravedad, si ésta justifica el recurso a la pena superior en dos grados, los límites de la pena a imponer vendrán determinados por el artículo 370 y no por el 369 bis[22].

8. La posibilidad de atenuación de las penas en los delitos contra la salud pública (art. 376.2 CP)

En el ámbito específico de los delitos contra la salud pública, se permite al juez imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de cometer el hecho, acredite que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación. la única condición que se impone es que la cantidad de droga objetivo del delito que se cometió, no fueran de notoria importancia ni de extrema gravedad.

Se trata de una posibilidad de atenuar la responsabilidad de manera muy relevante, en la misma medida que si se hubiese apreciado una eximente incompleta, pero sin que se exija afectación alguna de la imputabilidad, pues aunque el precepto requiere que el sujeto fuera drogodependiente en el momento de cometer el delito ya se ha explicado anteriormente, que en principio, la mera condición de drogodependiente en sí misma considerada no conlleva necesariamente una disminución de la imputabilidad a través de la eximente incompleta ni de la atenuante de grave adicción, y además el artículo 376 del Código Penal ni siquiera exige que la dependencia se grave.

La razón de la atenuación de responsabilidad que permite este precepto parece que radica más bien en consideraciones relacionadas con la punibilidad: el legislador seguramente parte de que todo drogodependiente que comete un delito contra la salud pública lo hace condicionado de una forma u otra por su adicción y para poder ser financiar el consumo, de modo que, superada la dependencia, desaparecerá el motivo de seguir delinquiendo, lo que disminuye la necesidad de prevención especial, y la imposición de una pena únicamente podría frustrar el proceso de rehabilitación de la persona.

Sobre los requisitos concretos para aplicar está atenuación, cabe aducir que para la aplicación de la segunda atenuante exige, por una parte, que el sujeto fuera drogodependiente en el momento de la comisión del delito de tráfico de drogas y que la cantidad no fuese de notoria importancia de extrema gravedad y, que acredite fehacientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación. (TS 18.9.07 y 21.6.06), al hilo de la circunstancia de la drogodependencia; TS 12.5.05, respecto de la notoria importancia, y STS y 25.6.07 y 13.10.05, respecto del último aspecto, todas ellas desestimatorias.

Debe existir, además una relación directa entre el delito cometido y la situación de drogodependencia del sujeto, qué debe tener como efecto una clara merma de sus facultades cognitivas y volitivas (STS 18.9.07, 20.9.05 y 4.3.04).

[22] STS 7.6.2011.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La apreciación de esta atenuante resulta, sin embargo, extremadamente difícil en la práctica, el hecho de que su ámbito de aplicación sea el tráfico de drogas a pequeña escala, cuyo enjuiciamiento se sustancia en juicios rápidos, hace que resulte improbable que el sujeto pueda acreditar su deshabituación con anterioridad a la sentencia (TS 25.6.07).

En estos casos cabría aplicar la regla que establece la remisión condicional de la pena cuando el sujeto ha delinquido a causa de una drogodependencia, según fija al artículo 87 del Código Penal.

V. CONCLUSIONES

El delito de tráfico de drogas se trata de un delito que atenta contra la salud y se consuma con la posibilidad de que afecte, es decir no es necesario que cause daño, sino que basta la posibilidad de exista riesgo de peligro contra la sociedad para poder ser considerado delito.

El Código Penal no llega a establecer qué sustancias son o no drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, para ello debemos acudir a las denominaciones existentes en los Convenios ratificados por España al respecto.

El tipo básico del delito es llevar a cabo actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas y promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de estas sustancias, al igual que la posesión o tenencia para estos fines.

El bien jurídico protegido del delito de tráfico de drogas es la salud pública de los individuos.

Para que se considere que el bien jurídico protegido se ha visto afectado la droga debe tener condiciones necesarias para incidir en la salud. El Código Penal distingue en el art. 368 las drogas que causan grave daño a la salud como por ejemplo la cocaína y las que no causan grave daño a la salud como por ejemplo la marihuana.

Además, el delito de tráfico de drogas ya hemos visto que es un delito de peligro abstracto, que se consuma sin necesidad de que se produzca la lesión.

Con este artículo hemos analizado los problemas más habituales que plantea este tipo de delitos y lo que dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Díaz Cortés, L. (2001). *Aproximación al concepto de droga ilícita a efectos penales*. Universidad de Salamanca.

Hammu, R. (2012). *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*. Publicaciones Jurídicas.

Luengo Celadilla, S. (2015). *Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de drogas*. Editorial Académica Española.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Molina Mansilla, M. C. (2001). *El delito de narcotráfico*. Editorial Akal.

Rey Huidobro, L. F. (1999). *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Editorial Bosch (pp. 62-74).

Sequeros Sazatornil, F. (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*. Editorial Colex.

Naciones Unidas. (1961). *Convención única sobre estupefacientes*, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972. Nueva York, 8 de agosto de 1975.

Naciones Unidas. (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*. Viena, 20 de diciembre de 1988.

STS de 15 de julio de 1985, considerando 5.

STS 1071, de 11 de octubre de 2011, FJ 2.

STS 713/2013, de 24 de septiembre, FJ 1.

STS 183/2019 de 27 de abril de 2019.

STS 19/5/2017.

STS 31/03/2020.

STS 22/03/2017.

STS 20/05/2020.

STS 7/05/2007.

STS 8/07/2020.

STS 23/04/2020.

STS 22/07/2004.

STS 4/05/2005.

STS 11/04/2005.

STS 12/11/2013.

STS 7/06/2011.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

INTERVENCIÓN LETRADA EN LA OBTENCIÓN DE ADN DE PERSONA DETENIDA EN SEDE POLICIAL

Míriam Sala Boixader

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. La prueba de ADN y su utilización policial. II. Análisis de la normativa reguladora. III. Obtención de ADN de persona detenida en sede policial. IV. Consecuencias de la toma de muestra sin asistencia letrada al detenido y validez de la diligencia de investigación criminal resultante. V. Breve referencia a la jurisprudencial actual. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y legislación*

I. LA PRUEBA DE ADN Y SU UTILIZACIÓN POLICIAL

1. La prueba de ADN

El ADN (Ácido Desoxirribonucleico) es la molécula que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos . Se trata de un manual de instrucciones biológico único para cada individuo.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el ADN es la molécula del interior de cada célula que contiene la información genética necesaria para que los organismos se desarrollen, crezcan y funcionen . Es la sustancia responsable de transmitir esta información de generación en generación a través de los cromosomas. La Organización mundial de la salud lo sitúa como el eje de las nuevas terapias génicas somáticas que permiten modificar el ADN para curar enfermedades.

Ahora bien, desde un punto de vista técnico la prueba de ADN que utiliza la Policía Judicial en España no analiza todo su genoma (como rasgos físicos o enfermedades), sino que se centra en regiones específicas "no codificantes" llamadas STR (Short Tandem Repeats o Repeticiones cortas en tándem).

El proceso técnico estándar sigue cuatro pasos**:**

1º. Se obtiene el ADN de la muestra (por ejemplo, con un frotis bucal), y se separa de otros componentes celulares (proteínas, lípidos) para obtener una muestra pura.

2º. Utilizando la técnica de Reacción en Cadena de la Polimerasa (PCR) los laboratorios "fotocopian" millones de veces los fragmentos específicos llamados STR. Los STR son secuencias donde la unidad de ADN se repite varias veces. Un láser detecta estos fragmentos y un software genera un electrograma que es una serie de picos que representan la "huella genética" única de la persona.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3º. El perfil obtenido (una serie de números que indican cuantas repeticiones hay en cada marcador) se sube al sistema CODIS (Combined DNA Índex System) el software que permite comparar automáticamente el ADN del detenido con muestras de escenas del crimen sin resolver[1].

En España debe tomarse como referencia la Guía de calidad para el análisis de ADN Forense publicad por la Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN (CNUFADN). Se trata del documento técnico de referencia que estandariza los procedimientos de laboratorio para la Policial Nacional, Guardia civil e Instituto Nacional de toxicología.

2. Consideración de la toma de muestras biológicas al detenido para la determinación de su ADN como intervención corporal o simple identificación

La toma de muestras biológicas del detenido para la identificación de su ADN a través por ejemplo del medio más habitual como puede ser un frotis bucal y su posterior utilización en el procedimiento penal plantea la cuestión de si dicha diligencia debe ser considerada como una intervención corporal al detenido o bien en cambio una simple identificación.

La naturaleza jurídica de dicha toma de muestras ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo considerándose actualmente, en garantía de los derechos del detenido, una intervención corporal y no una diligencia de inspección o identificación de éste.

La distinción técnica entre estos dos tipos de actuaciones intervención o inspección corporal viene establecida en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a través de la cual concluye que las actuaciones consistentes en inspecciones o registros corporales se tratan de reconocimientos externos que no afectan a la integridad física, siendo considerados como tales por ejemplo la toma de huellas dactilares o la prueba de alcoholemia que se practica a través de la toma de aire espirado, el cacheo al detenido , el examen de la boca o de las manos del detenido, la pericial caligráfica o bien el reconocimiento en rueda. Estas inspecciones afectan al derecho a la intimidad[2].

Según nuestro Tribunal Constitucional las s intervenciones corporales son aquellas que se practican extrayendo del cuerpo bien pelo, orina, uñas, saliva (frotis bucal) o sangre para su posterior análisis, biopsias y utilización en el proceso penal o incluso el sometimiento aparatos de rayos X, TAC o Resonancia magnética. Este tipo de intervenciones afectan tanto al derecho a la intimidad como al derecho a la integridad física del

[1] National Library of medicine (National Center for Biotechnology Information). The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Acnestry. Peter M Scheider, Barbara Prainsach, Manfred Kayser. Dtsch Arztebl Int. 2019 Dec 23; 116(51-51);873-880-doi: 10-3238/arztebl.2019.0873.

[2] Sentencia Tribunal Constitucional nº 207/1996 de 16 de diciembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

detenido, y por tanto frente a la falta de consentimiento del detenido frente a su práctica, precisan de mayores garantías y entre ellas la autorización judicial.

3. Utilización policial de la prueba ADN , breve referencia histórica

El ADN fue utilizado policialmente en España con éxito por primera vez en el año 1990/1991 para la resolución de un caso de agresión sexual. A partir del año 1994 se empiezan a autorizar los primeros ficheros de bases de datos policiales sobre identificadores de ADN a través de las correspondientes órdenes ministeriales . El servicio de criminalista de la Guardia Civil (SECRIM) fue pionero al obtener la primera acreditación en España para ensayos de ADN forense en el año 2003 por la que el departamento de biología del Servicio de Criminalística, y los laboratorios de criminalística de diferentes zonas y comandancias de la Guardia civil se convirtieron en los primeros laboratorios de ámbito policial-forense en España en conseguir la competencia técnica que los acreditaba para la identificación y análisis genético-forense de ADN, al amparo de la norma UNE-EN ISO17025[3].

4. Bases de datos policiales

El marco jurídico actual se establece a través de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre que regula la base de datos policial sobre identificadores de ADN. Dicha ley establece la creación de una base de datos en la que, de manera centralizada e integral, se almacenan el conjunto de perfiles de ADN obtenidos a fin de que puedan ser utilizados posteriormente en investigaciones distintas o futuras, incluso sin el consentimiento expreso del titular de los datos. Se dota de este modo a las autoridades policiales y judiciales encargadas de la persecución de los delitos de instrumentos de investigación más eficientes en especial para la lucha contra aquellos crímenes que generan mayor alarma social.

A través de la creación de esta base de datos se cumple con el mandato de la Unión Europea de información recíproca entre los estados miembros del contenido de la información disponible en los respectivos ficheros y bases de datos partiendo de la creciente globalización de los delitos.

La base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN depende del Ministerio del Interior a través de la Secretaria de Estado de Seguridad.

A los efectos de salvaguardar el derecho a la intimidad solo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo, pero, en ningún caso , los de naturaleza codificante que permita revelar cualquier otro dato o característica genética. De otra parte y en atención al

[3] Guardia civil. Gabinete Técnico. Efeméride 26 de septiembre de 2004. Acreditación de los ensayos de ADN forenses del servicio de Criminalística.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tipo de delito y la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal, los perfiles tendrán un período de conservación distinto tras los cuales deberán ser cancelados (**art. 9** LO 10/2007)[4].

5. Consulta Fiscalía General del Estado 2/2026 de 17 de marzo sobre los requisitos para la obtención forzosa de muestras biológicas de personas detenidas con la que extraer su perfil de ADN

Los perfiles de ADN obtenidos en el seno de una investigación criminal solo se inscribirán en la base de datos policial cuando procedan de muestras biológicas recabadas en el seno de una investigación criminal por alguno de los delitos enumerados en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, previa cumplimentación de los deberes de información a la persona titular de la muestra biológica. Se prohíbe de este modo la toma sistemática de ADN solo para cumplimentar la base de datos intentándose evitar de este modo el acopio indiscriminado de perfiles genéticos.

II. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA REGULADORA

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

La obtención de muestras biológicas se regirá por los principios de necesidad y excepcionalidad.

El artículo 326 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) dispone que los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensable para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El artículo 520 LECr ubicado en el Capítulo IV del título VI, relativo al ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos dispone en su punto 6º que la asistencia del abogado consistirá en c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. En concreto si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el Juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal

[4] Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

2. Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN

El art. 3.1 enumera los perfiles de ADN que deberán inscribirse en la base de datos policial, y lo efectúa en su apartado a) el cual dispone**:** "Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en relación con los delitos enumerados"**.**

Además, también se inscribirán en la base de datos policial los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

El art. 3 establece que la inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

III. OBTENCIÓN DE ADN DE PERSONA DETENIDA EN SEDE POLICIAL

1. El detenido y su derecho a la asistencia letrada

Los derechos con los que cuenta la persona detenida se encuentran regulados en nuestra Constitución Española arts. 17 y 24, así como en nuestra Ley de enjuiciamiento criminal art. 520 y, por último, también en la Ley orgánica 6/1984 del procedimiento de *habeas corpus.*

Entre los derechos de la persona detenida se encuentra el derecho a la asistencia letrada el cual se prevé expresamente en el art. 17.3 de la Constitución Española, al establecer que se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.

El art 24.2 de la Constitución Española dispone que 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

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

un proceso público sin dilaciones indebidas y todas las garantías y 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.

El art. 520 2.c) LECr reconoce expresamente el derecho del detenido a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del art. 527, y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible. En el punto 5 de este mismo precepto penal se establece que el detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por una bogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.

Una parte de la asistencia que prestará el abogado en sede policial al detenido se encuentra prevista en este mismo art. 520.6 c) de la LECr, el cual dispone que la asistencia del abogado consistirá en informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de las diligencias que se le soliciten. Expresamente dispone que si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la LO 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el Juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

2. El consentimiento del detenido

La toma de muestras biológicas no se trata de una mera diligencia técnica, sino que afecta a los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad (art. 18 Constitución Española en adelante CE) y a la integridad física (art. 15 CE), por lo que requiere las mismas garantías que sí se tratará de la declaración del detenido.

El consentimiento debe ser prestado por el detenido una vez el abogado que le asiste le haya informado de las consecuencias de la prestación o en su caso denegación de su consentimiento a la práctica de la prueba consistente en la toma de ADN, tal como se desprende del art. 520.6 c) de la LECr.

Para que dicho consentimiento del detenido frente a la petición de obtención de su material biológico para la determinación de su ADN sea válido es necesario que el consentimiento que hace innecesaria una resolución judicial habilitante deba prestarse en lo cognitivo de manera informada suficientemente y de libertad en lo volitivo[5].

[5] Sentencia Tribunal Supremo nº 834/2016 de 3 de noviembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El detenido al haber sido informado debidamente por su letrado sobre las consecuencias del sometimiento a dicha prueba prestará su consentimiento conociendo el alcance real del sometimiento a dicha prueba o toma de muestras, y dicho consentimiento deberá ser prestado por el mismo de forma expresa e inequívoca y no tácita.

El consentimiento del detenido deberá ser prestado de forma libre sin coacción alguna, y nuestro Tribunal Supremo establece que no puede entenderse prestado el consentimiento de forma libre si existe contaminación ambiental o coacción por la sola presencia de los agentes policiales. Dispone que la voluntad debe nacer sin presiones físicas ni morales que anulen la capacidad de decisión del detenido.

De otra parte, el consentimiento no puede ser tácito y por tanto no se admite el silencio o la mera pasividad del detenido como consentimiento positivo frente a la práctica de la toma de muestras, debiendo ser prestado el consentimiento de forma expresa , clara y preferentemente por escrito recogiéndose este consentimiento en el acta de recogida de muestras de ADN en que se autorice a la autoridad policial a la práctica de la diligencia.

Así, por tanto, el consentimiento deberá ser prestado por el detenido de forma libre, inequívoca, específica, informada, expresa frente a la recogida y tratamiento de sus datos genéticos de carácter personal[6].

El modo para que se garantice el cumplimiento de los anteriores requisitos es la asistencia letrada al detenido, puesto que el letrado se asegura que el detenido conoce sus derechos y los ha comprendido y le informa de las consecuencias de la prestación de dicho consentimiento antes de otorgar el mismo[7].

La práctica de la diligencia de toma de muestras sin el cumplimiento de los anteriores requisitos se entiende carente de garantías de libertad necesarias equivaliendo ello a un consentimiento viciado[8].

Del mismo modo se entenderá viciado el consentimiento prestado si el detenido se trata de ciudadano extranjero que no conozca el idioma español y no ha sido asistido durante dicha diligencia por interprete. Y en igual sentido si se trata de persona sorda o con dificultades auditivas y presta el consentimiento sin la consiguiente asistencia de interprete de signos. El art. 520.2 h) de la LECr establece el derecho a ser asistido gratuitamente por intérprete cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate , o de personas sordas o con discapacidad auditiva , así como de otras personas con dificultades del lenguaje. Se trata de un derecho que le asiste a toda persona detenida y que su

6 Sentencia Tribunal Constitucional nº 135/2014 de 8 de septiembre
7 Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014.
8 Sentencia Tribunal supremo nº 289/2014 de 11 noviembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

falta de cumplimiento condiciona la validez del consentimiento prestado a la práctica de la toma de muestras a los efectos de identificación de su ADN.

3. El deber de información del Letrado al detenido con carácter previo a la toma de muestras

Tras la reforma operada en nuestra LECr por parte de la LO 13/2015 de 5 de octubre, el abogado asistirá al detenido velando por que sea informado de los derechos que le asisten y también ostentará el deber de informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de su consentimiento a la diligencia de toma de muestras biológicas para determinar su ADN.

Este deber de información de carácter legal y deontológico deberá materializarse durante las entrevistas reservadas abogado-cliente que resultan contempladas en el art. 527 LECr. De este modo el Letrado asesorará a su cliente sobre la naturaleza y alcance de la toma de muestras para la determinación de su ADN y posterior inscripción en los registros policiales, así como la conveniencia de prestar su consentimiento desde un punto de vista técnico procesal .

El art. 12 del Código deontológico de la Abogacía relativo a las relaciones con los clientes, dispone que el abogado asesorará y defenderá a su cliente con el máximo celo y diligencia asumiéndose personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que se recaben. Ostenta el abogado la obligación de informar sobre la viabilidad del asunto, así como de los riesgos de las decisiones procesales[9].

Por su parte la Directiva 2013/48/UE traspuesta en nuestra LECr (art. 520.6) dispone que el asesoramiento del abogado debe ser efectivo, no siendo suficiente la presencia física del letrado en comisaría frente a la detención del cliente, sino que se encuentra obligado a explicar de forma real y practica y con lenguaje adecuado a las circunstancias personales del detenido, las consecuencias jurídicas de sus actos, y de este modo asegurarse que sí presta el consentimiento lo haga totalmente informado de la prueba a la que va a someterse y de las consecuencias de la misma. Además, prevé que el detenido tendrá derecho a que el Letrado esté presente en las diligencias de obtención de pruebas tales como la obtención de muestras de ADN de conformidad con el derecho nacional.

El considerando 25 de esta directiva europea dispone que "al llevar a cabo diligencias de obtención de pruebas u otras diligencias de investigación conforme a la presente Directiva, el abogado debe poder, entre otras cosas, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Derecho nacional, formular preguntas, pedir aclaraciones y hacer declaraciones, lo cual debe quedar consignado de conformidad al Derecho nacional. Dicha participación debe redundar en beneficio del ejercicio del derecho de defensa y de la equidad del proceso"[10].

[9] Código deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019.
[10] Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 art. 3.3 c), Considerando 25.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Es concretamente este mandato incluido en la Directiva Europea el que interpreta nuestro Tribunal Supremo del modo que se expondrá en el apartado siguiente de este trabajo en relación con las consecuencias de la falta de asistencia letrada en la práctica de esta diligencia.

Nuestro Tribunal Supremo entiende que el abogado tiene la obligación de explicar al detenido que prestar su ADN puede ser un acto de autoincriminación voluntaria, que el abogado debe asegurar que el detenido no acepte la prueba por miedo o por creer erróneamente que es encuentra obligado a practicarla , y si el abogado no informa sobre las consecuencias , es decir que su perfil genético se guardará en las bases de datos se romperá la equidad del proceso que menciona la Directiva[11].

Nuestro Tribunal Constitucional establece que el consentimiento del detenido actúa en la práctica de estas diligencias de investigación criminal como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de la intimidad personal y genética del afectado (art. 18.1 y 4 Constitución Española).

Además, afirma que para que el consentimiento pueda calificarse de eficaz debe ser libre y voluntario, y además como precondición de validez, para que el consentimiento pueda ser considerado como libre y voluntario debe tratarse de un consentimiento informado[12].

4. La asistencia letrada durante la toma de muestras para la obtención de ADN de persona detenida

a) Obligatoriedad de la asistencia del Letrado en la obtención de muestras del detenido

Debemos destacar por su importancia el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 puesto que fija la doctrina general sobre la asistencia de letrado obligatoria para prestar el detenido su consentimiento en este tipo de diligencias de investigación criminal.

A través de este acuerdo el Tribunal Supremo trata de unificar criterios sobre los requisitos procesales para la práctica de esta diligencia de investigación criminal.

El acuerdo resuelve sobre si la toma de muestras biológicas para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del investigado necesita la asistencia del Letrado cuando el investigado se encuentra detenido. Y resuelve acordando lo siguiente: *La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial*.

[11] Sentencia Tribunal Supremo nº. 734/2014 de 11 de noviembre.
[12] Sentencia Tribunal constitucional nº. 135/2014 de 8 de septiembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Debe también reseñarse la primera sentencia del Tribunal Supremo que aplicó la nueva doctrina sobre las pruebas de ADN, y que confirmó la necesidad de su práctica con la presencia del Letrado de la defensa, comportando ésta un cambio de criterio respecto de las garantías necesarias en la obtención de muestras biológicas.

Se trata de la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo nº 734/2014 de 11 de noviembre que comportó la revocación de la absolución de asesinato y ordenó al tribunal que dictó la sentencia que dictara una nueva sentencia que incluyera y valorara la prueba genética relativa a los dos acusados.

Concluye la sentencia que el consentimiento del afectado detenido debe ser un consentimiento asistido pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa frente al posible resultado de una diligencia de investigación que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio. Concluye que este criterio tiene respaldo legal en la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 que prevé que, en defecto de consentimiento del afectado, se precisará autorización judicial . Así por tanto será necesario que el detenido preste un consentimiento informado, consciente y libre. Así por tanto se trata de un requisito sine qua non de validez de la actuación.

b) Falta de consentimiento del detenido; autorización judicial

En el supuesto que el detenido en sede policial no preste su consentimiento para la toma de muestras, la policía judicial no podrá actuar precisando de una autorización judicial motivada para la toma de dichas muestras, siendo éste el único modo en que la presente diligencia de investigación criminal será válida como prueba de cargo.

El Juez acordará la diligencia valorando los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y sobre la base de que la medida sea necesaria para la investigación de un delito grave[13].

c) La excepción en relación con las muestras abandonadas

El abandono de objetos que contengan restos biológicos por parte del que posteriormente es detenido en un espacio público o de libre acceso (vasos, colillas, servilletas, saliva en el suelo) se considera que se trata de un acto de renuncia voluntaria a su custodia y que por tanto su recogida y posterior análisis de ADN se considera como diligencia policial que no precisa ni de consentimiento del detenido con asistencia letrada, ni de mandamiento judicial previo.

[13] Sentencia Tribunal Supremo 172/2025 de 27 de febrero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La recogida de dichas muestras biológicas no vulnera la intimidad ni la integridad física del sospechoso, puesto que éste al abandonar los residuos en la vía pública renuncia de forma tácita a su privacidad permitiendo el uso de su ADN.

Se trata de restos ya desprendidos del cuerpo en lugar público y, su recogida no se considera como intervención corporal , tal como así lo son un frotis bucal o un análisis de sangre, no siendo por ello necesaria ni la asistencia letrada, ni resolución judicial autorizante. Su recogida será totalmente lícita, ahora bien, los agentes policiales deberán cerciorarse de que dichos restos no hayan sido contaminados .

En el mismo sentido debe destacarse el Acuerdo del Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2006 que distingue el supuesto de que se traten de muestras abandonadas y establece: *La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial*[14].

5. Procedimiento para la extracción de ADN y su tratamiento

a) Protocolos de actuación

Debe ser tomada en cuenta a los efectos de fijar el procedimiento para la extracción del ADN y su posterior tratamiento la Orden JUS/1291/2010 de 13 de mayo por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y ciencias forenses. Dichas normas son las siguientes**:**

1º. Aislar lo más rápidamente posible el lugar de los hechos y recoger los indicios biológicos.

2º. Usar guantes limpios y cambiarlos con frecuencia, especialmente cuando se manipulan indicios biológicos susceptibles de tener distinto origen.

3º. Evitar hablar, toser o estornudar sobre las muestras. Usar mascarilla.

4º. Usar bata, calzas u otro tipo de ropa protectora.

5º. Utilizar instrumental desechable de un solo uso siempre que sea posible, o limpiarlo bien antes de recoger cada indicio biológico.

6º. No añadir conservantes a las muestras.

7º. Dejar las muestras a secar a temperatura ambiente, en un lugar protegido, antes de empaquetarlas para su envío al laboratorio.

8º. Empaquetar cada muestra por separado.

[14] Sentencia Tribunal Supremo 873/2023 de 24 noviembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

9º. Empaquetar las muestras en bolsas de papel o en cajas de cartón evitando utilizar plástico. Los hisopos deben ser introducidos en cajas específicas para los mismos.

10º. Recomendable el uso de equipos que trabajen con luz en el rango visible del espectro.

11º. Se recomienda el uso de reactivos con compatibilidad conocida para análisis genéticos. Duodécima. Enviar inmediatamente las muestras al laboratorio.

De otra parte el acta policial que se extienda y que recoja la práctica de la toma de muestras biológicas al detenido, deberá reflejar que la muestra no ha resultado contaminada desde la sede policial hasta el laboratorio de toxicología, deberá especificar la identificación de la persona , de los agentes policiales que intervinieron en la toma de la muestra, cuál fue el "kit" utilizado y la fecha de caducidad del mismo, precinto y por último la firma (en el caso de que el detenido asistido por su letrado haya consentido la toma de la muestra), especificándose también la cadena de custodia[15].

b) Cadena de custodia

La cadena de custodia constituye una garantía procesal que deberá certificar que la muestra biológica que ha sido recogida en el lugar del hecho investigado o bien la muestra biológica tomada al presunto responsable penal es la misma que ha sido analizada y valorada por el perito en la elaboración del informe pericial de ADN, lo que requiere que haya sido tratada conforme a un procedimiento debidamente documentado, evitando así que vicie de nulidad la prueba pericial que será ratificada por el perito en el acto del juicio oral, adquiriendo valor de prueba. Garantizar su integridad es la exigencia primordial de la cadena de custodia como establece expresamente el art. 338 de la LECr: "Sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II bis del presente título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el art. 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito".

Se elaboran formularios específicos de toma de muestras de personas vivas con consentimiento informado, que varían en función de su condición en el proceso penal (investigado, detenido, víctima) y que son entre otros formularios de investigados o detenidos, formularios de víctimas, formularios de familiares en sucesos con víctimas múltiples o formularios de sustracción de recién nacidos[16].

IV. CONSECUENCIAS DE LA TOMA DE MUESTRA SIN ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y VALIDEZ DE LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL RESULTANTE

Si la toma de muestras para la determinación del ADN del detenido se efectúa con asistencia letrada al mismo y cumpliendo ésta todos los requisitos analizados en los epígrafes anteriores no hay duda de que la diligencia

[15] Guía para el uso forense del ADN. Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Ministerio de Justicia. Madrid 2019.
[16] Guía para el uso forense del ADN. Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Ministerio de Justicia. Madrid 2019.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de investigación criminal ostentará plenos efectos probatorios, pudiendo en su caso servir como prueba plena de cargo .

Ahora bien, se plantea el supuesto en el que no haya sido asistido el detenido en la toma de muestras para la determinación de su ADN por letrado, y en atención a este supuesto de hecho concreto, deben efectuarse las siguientes consideraciones:

1) Deberá tenerse en cuenta a los efectos de dar respuesta a la anterior hipótesis el Acuerdo del Pleno No jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 , el cual resuelve que será válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta , aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de Letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción, y por tanto no lo haga hasta el momento del juicio oral.

2) Es también relevante a los efectos de determinar la validez de la diligencia de investigación criminal de autos sin contar con asistencia letrada, la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo Sala segunda nº. 734/2014 de 11 de noviembre, la cual dispone que si bien la toma de material biológico del acusado para la determinación de su ADN no codificante, y la posterior inclusión de éste en la base de datos policial sino se practicó sin previo requerimiento de asistencia de letrado cuando el investigado se encontrara detenido, comportaría en principio que los asientos deberían darse por inexistentes y lo mismo su posterior cotejo y su resultado. Ahora bien, para que se produzca dicho efecto es necesario que la protesta de invalidez de la inclusión en el registro del ADN del sujeto basada en la falta de asistencia letrada a éste en el momento de prestar su consentimiento para la obtención de su material biológico con esa finalidad solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando ese cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción. Todo tiene su base y fundamento a que debe plantearse en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio.

Concluye la sala que la razón de ser de esta exigencia es doble . Por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el art. 11.1 Ley Orgánica del Poder judicial que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales y, por otro , asegura en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la Disposición adicional tercera de la Ley orgánica 10/2007, el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto dicha norma.

La Sala finalmente dispone que concluida la instrucción y dentro ya del juicio oral , en dicho momento procesal no es posible denunciar la irregularidad de la toma de la muestra biológica, debiendo efectuarse en fase de instrucción para que pueda dicha irregularidad o bien ser corregida o bien quedar excluida de las actuaciones,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

y para el caso de que no obstante la irregularidad en la toma de la muestra no se hubiera denunciado en dicho momento procesal, podría ser admitida en el juicio oral si se considera que no se produjo una indefensión real.

V. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIAL ACTUAL

Las sentencias de nuestro Tribunal supremo en la actualidad siguen la línea doctrinal fijada desde el año 2014.

A modo de ejemplos pueden destacarse entre otras las siguientes:

- Sentencia Sala segunda Tribunal Supremo nº. 264 /2023 de 19 de abril . Esta sentencia destaca por el análisis de la obligatoriedad de la asistencia letrada al tiempo de prestar el detenido su consentimiento frente a la toma de muestras biológicas para la determinación de su ADN. Ahora bien, la sentencia introduce el matiz procesal consistente en que, si la defensa del detenido no cuestiona la licitud de los datos durante la fase de instrucción, la prueba puede ser considerada como válida en el acto del juicio oral, aunque se hubiera prestado el consentimiento por parte del detenido a la toma de muestras sin asistencia letrada.
- Sentencia Sala segunda Tribunal Supremo nº 873/2023 de 24 de noviembre . Destaca esta sentencia por considerar no ser necesario el consentimiento del detenido para la recogida por parte de los agentes policiales de las muestras biológicas abandonadas en el escenario de un delito.
- Sentencia Sala segunda Tribunal Supremo nº 120/2018 de 16 de marzo, también sobre muestras abandonadas de forma voluntaria por el posteriormente detenido , el cual tras dicho abandono concluye el Tribunal Supremo que pierde la expectativa de privacidad sobre sus restos biológicos sin que sean vulnerados derechos fundamentales del detenido. Además, también concluye que sobre la diferencia entre la toma de ADN directa y el uso de bases de datos de ADN. Establece que será válido que la policía judicial efectúe el contraste de ADN de un caso actual con los perfiles de ADN que ya obren legalmente en los archivos policiales por causas anteriores, incluso cuando en aquellas causas la toma de muestras se efectuó sin la asistencia de letrado al detenido, ahora bien, dicha base de datos deberá ser conforme a lo previsto en la LO 10/2007.
- Sentencia Sala segunda Tribunal Supremo nº 65/2023 de 8 de febrero, puesto que analiza la importancia de la cadena de custodia y la forma de la toma de muestras biológicas que deben seguir los agentes de policiales para el posterior valor probatorio de la diligencia.

VI. CONCLUSIONES

En la actualidad la jurisprudencia sobre la materia analizada en el presente estudio se encuentra consolidada a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo de 24 de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

septiembre de 2014. Este Acuerdo fue dictado a los efectos de unificar la doctrina contradictora sobre la materia de las distintas Audiencias provinciales.

Las sentencias que con posterioridad la sala segunda del Tribunal Supremo ha ido dictando sobre la base sentada por el anterior Acuerdo, han ido perfilando la materia y quedando determinada la necesidad de asistencia letrada al detenido para la práctica de la toma de muestras con el fin de identificación de su ADN.

Dicha asistencia letrada comprenderá la obligación de información por parte del letrado de la defensa al detenido sobre la naturaleza de la diligencia de toma de muestras, así como las consecuencias jurídico-procesales del resultado de estas a los efectos de que el detenido pueda construir su voluntad bien a favor o en contra de la práctica de la anterior diligencia . Solamente de este modo el consentimiento, en su caso prestado por el detenido, obtendrá plena validez y podrá ser utilizado en el proceso penal como prueba de cargo a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza todo investigado.

Ahora bien, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo matiza las anteriores conclusiones y entiende que también podrá tener validez el consentimiento prestado por el detenido, aunque lo haya prestado sin la información previa dispensada por parte de su letrado (consentimiento no informado) si la infracción no ha sido denunciada por la parte durante la fase de instrucción .

Y para los supuestos en los que el detenido en sede policial no preste su consentimiento a la toma de muestras para la determinación de su perfil de ADN será siempre imprescindible la autorización judicial para poder proceder a la práctica de esta diligencia. El Juez de instrucción en atención a los principios de idoneidad y proporcionalidad valorará la concurrencia de los elementos que justifiquen la adopción de la medida.

De otra parte, también el Tribunal supremo ha clarificado y establecido la distinción entre la toma de muestras al detenido, y la comparativa de las muestras obtenidas en procedimientos anteriores y los nuevos datos arrojados por nuevas muestras, entendiendo que en estos casos no será necesario el consentimiento informado prestado por el detenido. También establece que no será preciso el consentimiento informado del detenido cuando se trate de extraer el perfil de ADN de muestras abandonadas por el detenido con carácter previo a su detención. Entiende el Tribunal Supremo que el detenido al abandonar dichas muestras (colillas, vasos, etc.) en un espacio público renuncia de forma voluntaria a su custodia pudiendo por tanto los agentes policiales proceder a su recogida y posterior análisis en el seno de la investigación criminal.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

Legislación

Constitución Española 1978, arts. 15,17,18 y 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 282 bis, 326, 338, 520 y 527.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN; Preámbulo, art. 3.

Código deontológico de la Abogacía Española aprobado por el Pleno del consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019.

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 art. 3.3 c), Considerando 25.

Orden JUS/1291/2010 de 13 de mayo.

Bibliografía

National Library of medicine (National Center for Biotechnology Information). The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Acnestry. Peter M Scheider, Barbara Prainsach, Manfred Kayser. Dtsch Arztebl Int. 2019 Dec 23; 116(51-51);873-880-doi: 10-3238/arztebl.2019.0873.

Guardia civil. Gabinete Técnico. Efeméride 26 de septiembre de 2004. Acreditación de los ensayos de ADN forenses del servicio de Criminalística.

Guía para el uso forense del ADN. Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Ministerio de Justicia. Madrid 2019.

Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Constitucional 207/1996 de 16 de diciembre.

Sentencia Tribunal Supremo 834/2016 de 3 de noviembre.

Sentencia Tribunal Constitucional 135/2014 de 8 de septiembre.

Sentencia Tribunal supremo 289/2014 de 11 noviembre.

Sentencia Tribunal Supremo 734/2014 de 11 de noviembre.

Sentencia Tribunal constitucional 135/2014 de 8 de septiembre.

Sentencia Tribunal Supremo 172/2025 de 27 de febrero.

Sentencia Tribunal Supremo 873/2023 de 24 noviembre.

Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 ; 31 de enero de 2006.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA ORDEN DE PROTECCIÓN. REGULACIÓN DEL ART. 544 TER LECr. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS PENALES, DURACIÓN, INCUMPLIMIENTO Y CONSECUENCIAS

Raúl Sánchez González

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

SUMARIO: *I. Introducción. II. El artículo 544 ter LECr. 1. Ámbito subjetivo. 2. Legitimación y forma de solicitud. 3. Procedimiento y competencia judicial. 4. Medidas de naturaleza penal. 5. Medidas de naturaleza civil. 6. Derechos complementarios y protección social. 7. Notificación, comunicación y efectos registrales. III. Especial referencia a las medidas cautelares penales de la orden de protección. 1. Duración. 2. Posible control telemático. 3. Incumplimiento y consecuencias. Consentimiento de la víctima. 4. Estadísticas en el ámbito de la violencia de género. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) establece, entre otras, como primeras diligencias de los órganos judiciales del orden jurisdiccional penal la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.

La orden de protección, regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede definirse como una resolución judicial que concentra en un único procedimiento y en un solo pronunciamiento judicial medidas de carácter penal, civil y asistencial, con la finalidad de otorgar a la víctima de violencia de género o doméstica un estatuto integral de protección. Este diseño normativo responde a la necesidad de evitar la dispersión de actuaciones y la dilación en la adopción de medidas, permitiendo una intervención judicial rápida y eficaz en contextos de especial vulnerabilidad[1].

En cuanto evolución legislativa, la denominada orden de protección fue introducida por la Ley 27/2003, de 31 de julio, con carácter complementario a las medidas de protección no especificadas que estaban previstas en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, desarrolla de forma pormenorizada este mecanismo, remitiéndose a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a las medidas de naturaleza penal. Como especialidad procesal relevante dicha ley introdujo la

[1] www.guíasjurídicas.laley.es : Orden de protección (proceso penal): 11/01/26.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

atribución de la competencia para su adopción al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o, en su defecto, al Juzgado de Guardia.

La posibilidad de acordar medidas cautelares de protección a favor de las víctimas fue incorporada por primera vez a la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y de la propia LECr en materia de protección a las víctimas de malos tratos.

Esta evolución legislativa evidencia un claro espíritu protector del legislador, orientado a asegurar la máxima salvaguarda de las víctimas, criterio que ha sido reiteradamente avalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, dicha doctrina incide en la especial configuración del delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468.2 del Código Penal, que comparte con el resto de los quebrantamientos contemplados en el artículo 468.1 CP la protección de la efectividad de las resoluciones judiciales, pero que persigue, como finalidad última, la prevención de situaciones de riesgo para las víctimas.

En este sentido, el Alto Tribunal ha destacado que el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros daños adicionales justifican la respuesta penal frente al incumplimiento de medidas cautelares y resoluciones dictadas en el marco de la orden de protección, reforzando así su carácter preventivo y su función de garantía efectiva de la seguridad de las víctimas[2].

Hay que hacer mención asimismo a la orden europea de protección. Se trata de una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio.

Esta regulación permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima la acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, ocasional o permanentemente. El causante de este peligro también tendrá que enfrentarse con las consecuencias del incumplimiento de esta orden europea. Las medidas que se prevén se caracterizarían por su flexibilidad para adaptarse a las necesidades de protección de la víctima en cada momento, lo que supone que también la autoridad competente pueda acordar su prórroga, revisión, modificación o revocación. De esta forma, se garantiza que las medidas de protección dictadas en cualquier Estado miembro a favor de una persona que se vea amenazada sean efectivas en todo el

[2] BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., BARÉS BONILLA, P., GARCÍA COMENDADOR ALONSO, L., MORENO SANTAMARÍA, A., JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L.A., "Ley de Enjuiciamiento Criminal Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias". Lefebvre, Madrid 2025. Comentario al art. 544 ter.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

territorio de la Unión[3]. En el ordenamiento español se regula en los artículos 130 a 142 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

II. EL ARTÍCULO 544 TER LECr

1. Ámbito subjetivo

La adopción de la orden de protección exige, como presupuesto esencial, la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima, así como la existencia de indicios fundados de la comisión de determinados delitos, entre los que se incluyen los delitos contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad. Estos delitos deben haberse cometido en el marco de las relaciones personales y familiares descritas en el artículo 173.2 del Código Penal, lo que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la medida.

Resulta necesario delimitar el ámbito de aplicación de la orden de protección, diferenciando entre violencia de género y violencia doméstica en los términos previstos en el art. 544 ter LECr. La violencia de género se configura como aquella ejercida por un hombre contra una mujer que sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligada a él por una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia. Por su parte, la violencia doméstica, se trataría de los delitos cometidos entre cónyuges o excónyuges, o personas que estén o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad -excepto en los casos en los que la autoría corresponda a un hombre y el delito fuere cometido contra victima mujer, en cuyo caso nos hallaríamos ante violencia de género-, así como contra el resto de las personas que se enumeran en el art 1732 CP[4].

En este sentido, la orden de protección puede dictarse tanto respecto de la víctima directa de los actos de violencia ejercidos por el cónyuge o persona unida por una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia, como respecto de los descendientes, ascendientes, hermanos, menores o personas con discapacidad que convivan con la víctima o se encuentren bajo su guarda, tutela o curatela. Asimismo, se contempla su aplicación a personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En cuanto al requisito de la convivencia, ésta no se exige cuando víctima y agresor sean o hayan sido pareja, con independencia de que exista o no cohabitación en el momento de los hechos. En estos casos, si la víctima es mujer y el autor hombre, nos hallaremos ante violencia de género.

Por el contrario, respecto del resto de personas incluidas en el art. 173.2 CP (ascendientes, descendientes, hermanos, u otros familiares), sí se exige con carácter general la convivencia en el momento de producirse los

[3] www.guíasjurídicas.laley.es : Orden europea de protección (proceso penal): 11/01/26.

[4] ARNAIZ SERRANO, A., ALCOCEBA GIL, J. M., y FLORES PRADA, I. "Proceso Penal 2 Tomos". Tirant Lo Blanch, Valencia 2026, p. 1608-1610.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

hechos para que resulte aplicable el régimen propio de la violencia doméstica y, por extensión, la orden de protección del art. 544 ter LECr. No obstante, esta exigencia de convivencia se excepciona en los supuestos en que la víctima se encuentre sometida a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del agresor, así como en el caso de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, bastando la existencia de dicha relación de sujeción o dependencia, aun en ausencia de convivencia efectiva[5].

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, introdujo en el ámbito subjetivo el reconocimiento expreso de las personas LGTBI que sufran violencia en el ámbito familiar, siempre que concurran los requisitos previstos legalmente, concurran las relaciones del art. 173.2 CP y se aprecia una situación objetiva de riesgo.

Junto a ello, la orden de protección puede acordarse no solo en el momento inicial del procedimiento penal sino también cuando, durante la tramitación del mismo surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el investigado o encausado por alguna de las relaciones del art. 173.2 CP, así como en supuestos de incumplimiento previo de medidas cautelares que se hubieran adoptado en el seno del art. 544 bis LECr, adoptando la orden de protección con otras más limitativas de la libertad personal del investigado.

2. Legitimación y forma de solicitud

Conforme al apartado 2 del art. 544 ter, la orden de protección puede ser acordada de oficio por el órgano judicial competente o a instancia de parte. Están legitimados para solicitarla la propia víctima, las personas unidas a ella por las relaciones previstas legalmente (los descendientes de la víctima, sus ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que convivan con la víctima o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho), el Ministerio Fiscal y las entidades u organismos asistenciales públicos o privados que tengan conocimiento de los hechos.

Con el fin de facilitar su acceso, existe un modelo normalizado de solicitud disponible en los juzgados, fiscalías, fuerzas y cuerpos de seguridad, oficinas de atención a la víctimas, servicios sociales y servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados. La solicitud puede presentarse ante los mismos. En todos los casos, la solicitud debe ser remitida de forma inmediata al juez competente o al Juez de Guardia, quien iniciará el procedimiento para resolver sobre la adopción de la orden, incluso cuando existan dudas acerca de la competencia territorial.

En cuanto a los órganos policiales desempeñan un papel esencial y previo en el sistema de protección integral de las víctimas de violencia de género, constituyendo el primer eslabón en la detección del riesgo y en la activación de las medidas de seguridad que pueden desembocar en la adopción de una orden de protección.

[5] STS Sala 2ª, 47/2020, de 11 de febrero, FD 4º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Su actuación se articula fundamentalmente a través del denominado Sistema VIOGEN, concebido como una herramienta de coordinación interinstitucional destinada al seguimiento, valoración y protección de las víctimas en todo el territorio nacional.

Mediante este sistema, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, junto con las policías autonómicas y locales habilitadas, integran y comparten información relevante para la predicción y evaluación del riesgo, permitiendo una respuesta rápida, integral y eficaz. La valoración policial del riesgo (VPR), realizada conforme a los protocolos establecidos por la Secretaría de Estado de Seguridad, resulta determinante tanto para la adopción de medidas policiales inmediatas como para la posterior solicitud judicial de la orden de protección. En función del nivel de riesgo apreciado - extremo, alto, medio, bajo o no apreciado -, o de la mención de "caso de especial relevancia", la Policía puede establecer distintas medidas de protección, que van desde la vigilancia permanente y el control intensivo del agresor, hasta contactos telefónicos periódicos y la facilitación de teléfonos de emergencia a la víctima. Estas medidas, además de tener una función preventiva, constituyen un elemento de juicio relevante para la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal a la hora de valorar la necesidad y alcance de la orden de protección.

Asimismo, los informes policiales de valoración del riesgo y de seguimiento de la víctima son habitualmente incorporados a los procedimientos judiciales, incluso en aquellos supuestos en los que no se haya dictado inicialmente una orden de protección. De este modo, la actuación policial no solo cumple una función ejecutiva, sino también informadora y de apoyo a la decisión judicial, reforzando el carácter integral y coordinado del sistema de protección de las víctimas de violencia de género[6].

3. Procedimiento y competencia judicial

El procedimiento para la adopción de la orden de protección se caracteriza por su carácter urgente y preferente. La competencia para acordarla corresponde, con carácter general, al Juez de la Sección de Instrucción, cuando se trata de delitos de su competencia, o al juez de la Sección de violencia sobre la mujer del Tribunal de Instancia, cuando se trate de este tipo de delitos, sin perjuicio de la intervención del juez o jueza de guardia en determinados supuestos (art. 14.5.c LECr y 89.5.c LOPJ), como el supuesto de solicitud fuera del horario de audiencia de éstas últimas.

La normativa procesal establece reglas específicas para la determinación de la competencia, garantizando que la protección no se vea demorada por conflictos competenciales. Deberá en estos casos resolverla el juez ante el que se haya solicitado la orden, que, normalmente, será el juez de la Sección de Instrucción en funciones de guardia, con competencia funcional, por la atribución que le confieren los arts. 13 y 544 ter 3 y 4 de la LECr, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente o bien la Sección de

[6] LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I. "Protección a las víctimas testigo de violencia de género", Diario LA LEY Nº 9721, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2020, Wolters Kluwer. P. 4.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

violencia sobre la mujer o de la Sección correspondiente que asuma el conocimiento de estos asuntos dentro de su horario de audiencia.

Igualmente, parece lógico por razón de especialización y por la finalidad protectora que inspira la normativa vigente que cuando la solicitud de orden de protección en el ámbito de la violencia de género se presenta dentro del horario de audiencia pero ante un partido judicial distinto al del domicilio de la víctima en el momento de los hechos, la competencia para resolverla en el plazo legal de setenta y dos horas corresponde al juez de la Sección de violencia sobre la mujer o de la Sección correspondiente que asuma el conocimiento de estos asuntos, que cuenta con competencia objetiva y funcional, aun cuando carezca de competencia territorial.

La atribución de dicha competencia al juez especializado garantiza que la víctima sea atendida desde el primer momento por un órgano específicamente diseñado para la investigación y adopción de medidas de protección en estos supuestos, evitando dilaciones y actuaciones iniciales por órganos no especializados. Ello resulta coherente con la *ratio legis* de la Ley Orgánica 1/2004 y con el modelo de tutela integral que la misma persigue, primando una respuesta judicial eficaz, especializada y centrada en la protección de la víctima frente a criterios estrictamente territoriales.

Conforme al apartado 4 del art. 544 ter LECr, recibida la solicitud, el juez convocará una audiencia urgente en la que serán oídos la víctima o su representante legal, el solicitante, el agresor —asistido de abogado— y el Ministerio Fiscal. Además, el Juez podrá practicar otras diligencias que considere necesarias para resolver. Dicha audiencia debe celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud. Durante su celebración, el órgano judicial debe adoptar las medidas necesarias para evitar la confrontación directa entre la víctima, sus hijos y familia y el agresor, asegurando que las audiencias de ambos se realicen por separado.

Celebrada la audiencia, el juez resolverá mediante auto motivado sobre la procedencia de la orden de protección, así como sobre el contenido y la duración de las medidas acordadas.

En el supuesto excepcionales, cuando no sea posible la comparecencia del investigado por no haber sido localizado, no podrá celebrarse la comparecencia del art. 544 ter LECr en su ausencia, si bien podrán adoptarse medidas cautelares concretas para proteger a la víctima al amparo del art. 544 bis LECr, tales como prohibiciones de aproximación o de comunicación, sin bien las referidas medidas habrán de ser notificadas al investigado en cuanto fuera hallado.

Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de esta al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad, pero no motivo de nulidad (art. 241 LOPJ)[7].

[7] Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4. Medidas de naturaleza penal

La orden de protección permite la adopción de cualesquiera medidas cautelares previstas en la legislación procesal penal, siempre que resulten necesarias y proporcionadas para garantizar la seguridad de la víctima y de las personas sometidas a su patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Entre estas medidas se incluyen, entre otras, la prisión provisional, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, la expulsión del agresor del domicilio familiar y la retirada de armas u objetos peligrosos.

Conviene recordar que si bien la orden de protección puede ser acordada incluso de oficio hay que reseñar que las concretas medidas penales acordadas en su seno deben serlo cumpliendo con los concretos requisitos exigidos para cada una de ellas. Así la medida cautelar de prisión provisional, a salvo el supuesto excepcional del art. 505.5 LECr para el caso de no poder celebrarse la audiencia y quedando pendiente de su celebración en un máximo de 72 horas, requiere ser solicitada por el Ministerio Fiscal o alguna de las partes acusadoras. Así lo recuerda expresamente el apartado 6 del art. 544 ter LECr.

5. Medidas de naturaleza civil

Junto a las medidas penales, la orden de protección puede incorporar medidas de carácter civil orientadas a salvaguardar la estabilidad familiar y el interés superior de los menores o personas dependientes (art. 544.7 ter LECr). Entre ellas se encuentran la regulación del ejercicio de la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, la atribución del uso de la vivienda familiar, la suspensión o modificación del régimen de visitas y comunicación, el establecimiento de pensiones de alimentos y cualquier otra medida necesaria para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Con carácter general, tales medidas civiles deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal en caso de existir menores o personas con discapacidad. Aunque el precepto también se refiere a que el juez deberá, cuando existan estos menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella, pronunciarse de oficio necesariamente sobre la adopción de las referidas medidas. Este último mandato legal, sólo en el caso de adoptarse medidas penales, ya que descartadas éstas tampoco procederán las de carácter civil, salvo en los supuestos en que se acuerden algunas de las medidas de protección del art. 158 del Código Civil.

Entre las medidas civiles que pueden acordarse y de las que no se establece un catálogo cerrado se incluyen, entre otras, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia, la fijación de alimentos provisionales, así como las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, en los artículos 64 a 66 de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de

relacionadas con la orden de protección. P. 6.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se prevé incluso la posibilidad de adopción de medidas tales como la suspensión de la patria potestad.

Estas medidas tienen carácter provisional y están sujetas a límites temporales. Su vigencia queda condicionada a la interposición del correspondiente proceso civil de familia, de modo que, transcurridos el plazo legalmente establecido de 30 días sin que se haya acudido a la jurisdicción civil, las medidas se alzarán. Si dentro de ese plazo se interpone la correspondiente demanda civil las medidas tendrán otros treinta días más de vigencia tras aquella, ello hasta que el juez competente en dicho término resuelva sobre su ratificación, modificación o cese.

En cuanto al régimen de recursos, aunque resulta aplicable con carácter general el sistema de recursos propio del proceso penal, una parte relevante de la jurisprudencia de las audiencias provinciales considera que las medidas civiles de la orden de protección son irrecurribles, al participar de la naturaleza de las medidas provisionales de los artículos 771 a 773 LEC, sin perjuicio de su revisión posterior en el correspondiente procedimiento civil. Frente a esta postura, existe una posición que defiende su recurribilidad tanto por el déficit probatorio de la comparecencia del art. 544 ter en relación con el procedimiento civil de medidas provisionales como por los supuestos en los que las medidas de naturaleza civil adoptadas excedan del contenido típico de dichas medidas provisionales reguladas en los arts. 771 a 773 LEC[8].

6. Derechos complementarios y protección social

La orden de protección constituye, además, un título habilitante para el acceso inmediato a los derechos de asistencia y protección social reconocidos a las víctimas de violencia doméstica y de género. Entre estos derechos se incluyen la asistencia jurídica gratuita y especializada, ayudas económicas específicas, derechos laborales y de Seguridad Social, acceso a viviendas protegidas y, en su caso, autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales (arts. 20, 27 y 28 de la LO 1/2004).

De este modo, la orden de protección trasciende el ámbito estrictamente penal o procesal, proyectándose como un instrumento de coordinación interinstitucional que obliga a las distintas administraciones públicas a activar de forma inmediata los mecanismos de apoyo y asistencia previstos en el ordenamiento jurídico.

7. Notificación, comunicación y efectos registrales

Finalmente, conforme al apartado 8 del art. 544 ter LECr la orden de protección debe ser comunicada con carácter urgente tanto a la víctima como a las administraciones públicas competentes, sirviendo como acreditación formal de la condición de víctima a efectos de la obtención de los beneficios legales correspondientes. Conforme al apartado 9 del referido artículo, se deberá informar a la víctima del estado del procedimiento, del alcance y vigencia de las medidas adoptadas, y en particular sobre la situación penitenciaria del agresor. Asimismo, establece el apartado 10 del mismo precepto que la resolución debe

[8] ARNAIZ SERRANO, A., ALCOCEBA GIL, J. M., y FLORES PRADA, I. "Proceso Penal". 2026, p. 1621-1622.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

inscribirse en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, garantizando el seguimiento y control de las medidas adoptadas.

Los órganos administrativos desempeñan una función esencial de apoyo, coordinación y gestión de la información en el marco del sistema integral de protección de las víctimas de violencia de género, complementando la actuación policial y judicial. Dicha función se articula principalmente a través del Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, regulado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, cuyo objetivo es garantizar la disponibilidad, actualización e interoperabilidad de la información relevante para la adopción y ejecución de medidas de protección.

El sistema SIRAJ (Sistema Integrado de Registros Administrativos de Apoyo a la Actividad Judicial) integró diversos registros judiciales de especial relevancia, entre los que destacan el Registro Central de Penados, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género y el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes. A través de este instrumento se centraliza la información relativa a órdenes de protección, medidas cautelares, medidas de seguridad, requisitorias y penas impuestas, tanto en resoluciones firmes como no firmes, permitiendo un conocimiento actualizado de la situación procesal del investigado y de las medidas vigentes en cada momento.

La correcta anotación, actualización y cancelación de los datos en dichos registros resulta fundamental para garantizar la eficacia de las órdenes de protección, evitando situaciones de descoordinación que puedan comprometer la seguridad de la víctima o generar responsabilidades penales por quebrantamiento de medida. En este sentido, los Letrados de la Administración de Justicia asumen un papel clave, al ser responsables de la inscripción de las resoluciones judiciales, de la remisión automática de la información a otros organismos, como el Ministerio del Interior, y de asegurar que los registros reflejen fielmente la realidad procesal de cada causa[9].

Asimismo, la interconexión de los registros administrativos con los sistemas policiales permite que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento inmediato de las órdenes de protección y medidas cautelares vigentes, facilitando su control y ejecución efectiva. Esta coordinación administrativa contribuye a una respuesta más rápida y eficaz ante situaciones de riesgo, reforzando el carácter preventivo de la orden de protección.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

1. Duración

En relación con la duración de las medidas cautelares personales adoptadas en el seno de la orden de protección, su mantenimiento queda condicionado a la persistencia de las circunstancias fácticas y jurídicas que justificaron su adopción inicial, de modo que debe ser dejada sin efecto tan pronto como desaparezca el

[9] LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I., Diario LA LEY Nº 9721, 22 de octubre de 2020. P. 4 a 6.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

riesgo que pretende conjurar, pudiendo ser en todo caso modificada, alzada o sustituida mediante resolución motivada.

Ahora bien, salvo para la prisión provisional, el legislador no ha establecido con carácter general un plazo máximo de duración para determinadas medidas cautelares personales, como la prohibición de aproximación o de comunicación. Ello puede generar situaciones en que la duración de la medida cautelar excede del tiempo que, como pena, podría imponerse en caso de condena. Ello puede ocurrir con mayor facilidad en el ámbito de los delitos leves, en los que la pena máxima de prohibición de aproximación o comunicación no puede exceder de seis meses, conforme al artículo 57.3 del Código Penal.

No existen plazos predeterminados de duración, quedando ésta a la decisión judicial, en función de la situación de riesgo existente; no obstante, se precisa que, si la medida es privativa de libertad, su duración máxima vendrá determinada por lo dispuesto en el artículo 504 de la LECr, mientras que, en los demás casos, habrá de atenderse a la duración que correspondería a la pena o medida de seguridad que pudiera imponerse[10].

Si embargo, la práctica judicial ha venido vinculando la duración de las medidas cautelares al tiempo de tramitación del procedimiento, estableciendo fórmulas genéricas como su vigencia "hasta resolución definitiva y firme". Este uso forense puede generar inseguridad jurídica respecto de su vigencia, especialmente cuando se dicta una resolución que pone fin al procedimiento sin declaración de responsabilidad penal. En el caso de dictado de un auto de sobreseimiento, ya sea libre o provisional, se produce ipso iure la cesación de las medidas cautelares acordadas, conforme al artículo 782.1.II de la LECr, sin necesidad de esperar a su firmeza. Pero en el ámbito de la violencia de género, y de forma excepcional, el artículo 69 de la LO 1/2004 permite el mantenimiento de determinadas medidas tras la sentencia, incluso absolutoria, siempre que exista una motivación reforzada, exigencia reiterada por la jurisprudencia constitucional. Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional Sección 1, 16/2012, de 13 de febrero que subraya en su Fundamento de Derecho 5º que el dictado de una sentencia absolutoria constituye un acontecimiento procesal relevante, al desaparecer los indicios incriminatorios que justificaban inicialmente la adopción de la medida, lo que impone, como regla general, su levantamiento, salvo que concurran razones expresamente motivadas en la sentencia que decide su prórroga hasta la firmeza al amparo del citado art. 69 LO 1/2004.

2. Posible control telemático

Dentro del objetivo de la orden de protección de dotar de seguridad de la víctima frente al agresor se ha desarrollado el control telemático de ciertas medidas penales. Dicho control telemático constituye un instrumento tecnológico de supervisión del cumplimiento de las medidas de alejamiento y prohibición de comunicación acordadas en el marco de la orden de protección en materia de violencia de género. Su finalidad

[10] Circular 4/2005 Fiscalía General de Estado, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. P. 53-54.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

no es cautelar en sentido estricto, sino garantizar la eficacia real de las medidas impuestas, tanto en fase cautelar como en ejecución de la pena.

Este sistema encuentra amparo normativo, principalmente, en los artículos 17 y 64.3 de la Ley Orgánica 1/2004, y permite verificar de forma continua el respeto de la distancia mínima entre el investigado o condenado y la víctima, mediante dispositivos electrónicos de detección de proximidad.

No obstante, la adopción del control telemático debe someterse rigurosamente a los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, dado que implica una injerencia relevante en derechos fundamentales, especialmente en el derecho a la intimidad del investigado. Por ello, no resulta suficiente la mera posibilidad abstracta de incumplimiento de la medida de alejamiento, sino que deben concurrir circunstancias concretas y objetivas que permitan inferir un riesgo real de quebrantamiento.

El incumplimiento de las medidas de control telemático, así como la inutilización o manipulación de los dispositivos técnicos, puede dar lugar a responsabilidad penal, en particular por delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, conforme al artículo 468.3 del Código Penal.

En los casos en que se valore acordar tal control hay que valorar desde la perspectiva de la víctima que el control telemático también puede comportar una carga adicional, al exigirle portar determinados dispositivos electrónicos. En consecuencia, la víctima debe ser oída previamente antes de acordar la implantación de estos mecanismos, valorando su impacto y necesidad en el caso concreto[11].

3. Incumplimiento y consecuencias. Consentimiento de la víctima.

En caso de incumplimiento por el investigado de las medidas penales acordadas en el seno de la orden de protección podrá decretarse la agravación de estas. Así, en caso de haberse adoptado una de las medidas cautelares más comunes en este tipo de delitos como es la de prohibición de aproximación y comunicación previstas en el art. 544 bis LECr este precepto en su párrafo cuarto prevé para el caso de incumplimiento la convocatoria de la comparecencia del art. 505 LECr para la posible adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal del investigado (como pudiera ser la prohibición de residir en determinados lugares o la propia prisión provisional que no exigiría en caso de acordarse con la finalidad de evitar que el investigado atente contra la víctima, que el delito investigado tenga señalado una pena igual o superior a dos años en virtud de lo establecido en el art. 503.1.3º.c LECr, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal,).

En principio la agravación de las medidas solo podría acordarse válidamente en el seno del procedimiento en el que dicha medida fue inicialmente adoptada, siendo competente para ello el órgano judicial que esté conociendo de la causa en ese momento. Así se desprende del propio tenor del art. 544 bis LECr en su párrafo cuarto y del principio de competencia funcional. Sin embargo, existen posturas que defienden la intervención

[11] ARNAIZ SERRANO, A., ALCOCEBA GIL, J. M., y FLORES PRADA, I. "Proceso Penal". 2026, p. 1615-1617.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

del juez de guardia en supuestos de urgencia debidamente justificados. Así, el juez de guardia podrá acordar de forma provisional la agravación de la medida cautelar cuando concurran razones de urgencia o inaplazabilidad, especialmente para garantizar una protección eficaz de la víctima, debiendo dicha decisión ser posteriormente ratificada o dejada sin efecto por el órgano judicial competente, esto es, aquel que conoce del procedimiento principal en el que se acordó la medida presuntamente quebrantada. Esta actuación encuentra respaldo en el artículo 13 de la LECr, en relación con el artículo 42.1 del Reglamento 1/2005 del Consejo General del Poder Judicial[12].

Debe destacarse que la agravación de la medida cautelar no puede consistir en la adopción de una nueva medida autónoma de prohibición de aproximación o comunicación, puesto que el delito de quebrantamiento de medida cautelar no se encuentra incluido en el catálogo del artículo 57 del Código Penal. En consecuencia, la respuesta jurídica debe articularse a través de la modificación o agravación de la medida ya existente dentro del procedimiento en el que fue acordada. Ello salvo en los supuestos también muy comunes en la práctica en que el quebrantamiento no aparezca como delito autónomo sino acompañado de otros hechos tales como lesiones, amenazas o coacciones, lo cual determinará la investigación por estos delitos en su modalidad agravada por ejecutarse además quebrantando la medida cautelar (arts. 153.1 y 3, 171.5.II y 172.2.III del Código Penal), hallándonos ya entonces en otros delitos incluidos en el art. 57 CP.

Como se establece en el art. 544 bis párrafo cuarto en la valoración para la posible agravación de las medidas cautelares deberán ponderarse la entidad del incumplimiento, sus circunstancias, gravedad y motivos, todo ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales derivadas del quebrantamiento. Recuerda por tanto dicho precepto que además de las consecuencias que el incumplimiento puede tener respecto de la modificación o agravación de las medidas cautelares ya acordadas se habrá de instruir un procedimiento por presunto delito de quebrantamiento.

El delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar, tipificado en el artículo 468 del Código Penal, tiene como bien jurídico protegido el respeto a la autoridad y eficacia de las resoluciones judiciales, así como el interés público en su cumplimiento, configurándose como un delito de mera actividad cuya consumación no exige la producción de resultado alguno. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basta el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia y vigencia de la resolución judicial para que surja la obligación de cumplimiento, sin que sea necesario requerimiento previo, siendo suficiente la notificación de la orden judicial[13].

Asimismo, el Alto Tribunal ha unificado criterio, a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 25 de noviembre de 2008, en el sentido de declarar la absoluta irrelevancia penal del consentimiento de la

[12] ARNAIZ SERRANO, A., ALCOCEBA GIL, J. M., y FLORES PRADA, I. "Proceso Penal". 2026, p. 1603-1604.
[13] STS, Sala 2ª 368/2020, de 2 de julio, FD 3º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

persona protegida, al no tratarse de un bien jurídico disponible. En este sentido, se ha reiterado que dicho consentimiento no excluye la punibilidad del quebrantamiento como establece expresamente la STS 667/2019, de 14 de enero de 2020, en su Fundamento de Derecho Segundo, ni constituye causa de justificación ni permite la apreciación de una atenuante analógica ex artículo 21.7 CP, sin perjuicio de que se pueda tomar en consideración a la hora de la individualización de la pena, tal y como establece expresamente la STS 539/2014, de 2 de julio[14]. El Tribunal Supremo ha subrayado que el cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio ni del condenado ni de la víctima, ni siquiera en aquellos supuestos en que la prohibición se oriente primordialmente a la protección de esta última (SSTS, Sala 2ª, nº 172/2009, de 24 de febrero[15] y nº 39/2009, de 29 de enero[16]). Esta doctrina responde a la consideración de la protección de las víctimas - especialmente en el ámbito de la violencia de género - como un interés colectivo indisponible, integrado en un esquema normativo orientado a la prevención y erradicación de tales conductas, lo que justifica plenamente la sanción penal del quebrantamiento.

4. Estadísticas en el ámbito de la violencia de género

De acuerdo con los datos oficiales publicados por el Consejo General del Poder Judicial[17], durante el año 2024 se incoaron en España un total de 41.237 órdenes de protección y medidas de protección y seguridad (arts. 544 ter y 544 bis LECr) en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. Esta cifra supone una disminución del 2,96 % respecto al ejercicio anterior, en el que se registraron 42.493 solicitudes, lo que confirma una leve tendencia descendente en la utilización de este instrumento cautelar .

Desde la perspectiva de su resolución judicial, del total de órdenes incoadas en 2024, el 66,1% fueron adoptadas, frente a un 33,5 % que resultaron denegadas, siendo prácticamente inexistentes las inadmisiones (0,5 %).

En relación con las víctimas, el número de órdenes de protección adoptadas representa 22,42 órdenes por cada 100 mujeres víctimas de violencia de género, lo que pone de relieve la importancia de esta figura como mecanismo esencial de tutela judicial efectiva en este tipo de delitos. Del total de víctimas protegidas, el 63,6 % eran mujeres españolas y el 36,4 % extranjeras, siendo mayoritarias las mujeres mayores de edad (98,2 %), con una presencia residual de víctimas menores de edad (1,8 %).

El análisis territorial revela diferencias relevantes entre comunidades autónomas tanto en el número de órdenes incoadas como en su porcentaje de adopción. Así, comunidades como Andalucía, Madrid, Cataluña y

[14] STS, Sala 2ª 539/2014, de 2 de julio, FD 7º.

[15] La STS, Sala 2ª 172/2009 de 24 de febrero, en su FD 1º.

[16] STS, Sala 2ª, nº 39/2009 de 29 de enero, en su FD 6º.

[17] 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: 12/01/26.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la Comunidad Valenciana concentraron el mayor volumen de solicitudes. No obstante, mientras en algunas comunidades se superaron tasas de adopción cercanas o superiores al 80 %, en otras - especialmente Madrid y Cataluña - el número de órdenes denegadas fue superior al de las adoptadas.

En cuanto al contenido de las órdenes de protección adoptadas, las medidas penales más frecuentes fueron la orden de alejamiento y la prohibición de comunicación, acordadas en más del 68 % de los casos, seguidas de la suspensión de la tenencia y uso de armas. En el ámbito de las medidas civiles, destacaron la prestación de alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar y la suspensión del régimen de visitas, lo que pone de manifiesto el carácter integral de la orden de protección como instrumento de salvaguarda no solo de la víctima, sino también de los menores afectados por la situación de violencia.

IV. CONCLUSIONES

La orden de protección regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha configurado como un instrumento esencial del sistema de tutela judicial de las víctimas de violencia doméstica y, especialmente, de violencia de género. Su finalidad es proporcionar una respuesta inmediata, eficaz y coordinada ante situaciones de riesgo, superando el modelo fragmentado de medidas cautelares aisladas y ofreciendo a la víctima un estatuto integral de protección.

Uno de los rasgos definitorios de la orden de protección es su carácter integral, al permitir la adopción conjunta de medidas de naturaleza penal, civil y asistencial a través de una única resolución judicial. Esta concentración de pronunciamientos favorece la rapidez en la respuesta judicial, reduce la victimización secundaria y activa de forma inmediata los mecanismos de protección social previstos en el ordenamiento jurídico, reforzando así la efectividad real de la tutela dispensada.

El ámbito subjetivo de aplicación de la orden de protección, delimitado por el artículo 173.2 del Código Penal, ha sido objeto de una interpretación progresivamente flexible por parte de la jurisprudencia, orientada a priorizar la protección de las personas especialmente vulnerables frente a exigencias formales como la convivencia. Asimismo, las recientes reformas legislativas evidencian una ampliación del ámbito de protección, adaptándolo a nuevas realidades sociales y familiares.

En cuanto al procedimiento para su adopción, la orden de protección se caracteriza por su urgencia y preferencia, imponiendo plazos breves y reglas competenciales específicas que priman la seguridad de la víctima. La especialización de los órganos judiciales de Violencia sobre la Mujer constituye un elemento clave para garantizar una respuesta judicial adecuada, si bien resulta imprescindible una coordinación eficaz entre órganos judiciales, fuerzas policiales y servicios asistenciales para evitar disfunciones que puedan comprometer la eficacia de las medidas adoptadas.

Las medidas penales acordadas en el seno de la orden de protección cumplen una función preventiva esencial, siendo la prohibición de aproximación y comunicación las más habituales. No obstante, su duración exige un control judicial constante, a fin de evitar prolongaciones indebidas que vulneren los principios de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

proporcionalidad y mínima intervención. En este contexto, el control telemático se presenta como un instrumento útil para garantizar el cumplimiento de las medidas, cuya adopción debe reservarse a supuestos debidamente justificados.

Las medidas civiles, por su parte, desempeñan un papel fundamental en la protección del interés superior de los menores y de las personas vulnerables, permitiendo una intervención inmediata sobre aspectos esenciales de la esfera familiar, con carácter provisional y sujeto a posterior revisión por la jurisdicción civil.

Finalmente, el régimen del incumplimiento de la orden de protección y la irrelevancia penal del consentimiento de la víctima ponen de manifiesto que la protección dispensada responde a un interés público indisponible, orientado a la prevención de la violencia y al debido cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Los datos estadísticos confirman la consolidación de la orden de protección como una herramienta clave en la respuesta institucional frente a la violencia de género, cuya eficacia depende, en última instancia, de una aplicación rigurosa, motivada y coordinada por parte de todos los operadores jurídicos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Manuales y artículos

ARNAIZ SERRANO, A., ALCOCEBA GIL, J. M., y FLORES PRADA, I. "Proceso Penal 2 Tomos". Tirant Lo Blanch, Valencia 2026.

BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J., BARÉS BONILLA, P., GARCÍA COMENDADOR ALONSO, L., MORENO SANTAMARÍA, A., JIMÉNEZ JIMÉNEZ, L.A., "Ley de Enjuiciamiento Criminal Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias". Lefebvre, Madrid 2025.

LÓPEZ GARCÍA-NIETO, I. "Protección a las víctimas testigo de violencia de género", Diario LA LEY Nº 9721, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2020, Wolters Kluwer.

Jurisprudencia y circulares Fiscalía General del Estado

STS, Sala 2ª, nº 39/2009 de 29 de enero.

STS, Sala 2ª 172/2009 de 24 de febrero.

STS, Sala 2ª 539/2014, de 2 de julio.

STS Sala 2ª, 47/2020, de 11 de febrero.

STS, Sala 2ª 368/2020, de 2 de julio.

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 25 de noviembre de 2008.

STC Sección 1, 16/2012 de 13 de febrero.

Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

Circular 4/2005 Fiscalía General de Estado, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Páginas web

www.guíasjurídicas.laley.es : Orden de protección (proceso penal): 11/01/26.

www.guíasjurídicas.laley.es : Orden europea de protección (proceso penal): 11/01/26.

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: 12/01/26.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ANÁLISIS DE LA STS, SALA 2º, Nº 929/2023 DE 14 DE DICIEMBRE: LA NULIDAD PARCIAL DEL JUICIO, PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN E IMPARCIALIDAD, DILACIONES INDEBIDAS Y REPARACIÓN DEL DAÑO, EL PREVALIMIENTO, LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL CONDENADO

Daliana Tomey Soto

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

SUMARIO: *I. Introducción. II. Iter procesal y complejidad de la causa. III. Hechos probados relevantes. IV. Motivos del recurso de casación. V. Motivos 1º y 2º: nulidad parcial, inmediación e imparcialidad. VI. Motivo 3º: derecho a la prueba. VII. Motivo 4ª: presunción de inocencia. VIII. Motivo 5º: dilaciones indebidas. IX. Motivo 6º: atenuante muy cualificada de reparación del daño. X. Motivo 7º: agravante de prevalimiento. XI. Aplicación de la LO 10/2022, de 6 de septiembre. XII. Fallo del Tribunal Supremo. XIII. Conclusiones. XIV. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La STS que se analiza, resuelve el recurso de casación 5734/2021 sobre un procedimiento por delito continuado de abuso sexual a menor de 16 años con prevalimiento, tras la declaración de nulidad parcial del 1º juicio y la celebración de un 2º juicio limitado a determinadas pruebas, y desestima el recurso tras analizar la compatibilidad de la nulidad parcial con los principios de inmediación y unidad de acto, la posible falta de imparcialidad del tribunal, la valoración de la declaración de la víctima menor como prueba de cargo, la aplicación de las atenuantes por dilaciones indebidas y por reparación del daño, la concurrencia de la agravante de prevalimiento y la determinación de cuál ley penal era más favorable tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022.

Además, aborda la extraordinaria complejidad procesal derivada de la nulidad parcial y la necesidad de ponderar garantías esenciales para la víctima menor, y consolida la doctrina sobre la protección reforzada de menores, la racionalidad de la nulidad parcial en procesos complejos y los criterios para la valoración probatoria en delitos sexuales.

II. ITER PROCESAL Y COMPLEJIDAD DE LA CAUSA

El procedimiento se inicia en el Juzgado de Instrucción nº 12 de Valencia y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial (en adelante AP) celebró el 1º juicio. La AP dictó sentencia (la 1ª) el 28/11/2019 condenando al acusado como autor de un delito de abuso sexual continuado a menor de 16 años. Contra la misma se interpuso recurso de apelación (el 1ª) ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana, que dictó sentencia el 22/06/2020 estimando el recurso declarando la nulidad parcial de la sentencia recurrida y del juicio en la instancia *en los particulares que puedan verse afectados por las pruebas que, a valorar con libertad*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de criterio, no pudieron practicarse en la instancia (…). Se salva la validez del resto de actuaciones procesales no afectadas por ese desconocimiento de prueba[1].

La sentencia optó por la nulidad parcial (pese a ser excepcional frente a la nulidad total) porque concurrían 2 circunstancias decisivas: evitar la revictimización de la menor y reparar la merma del derecho de defensa del acusado, que no pudo proponer 2 informes exculpatorios al desconocer su existencia (por ser de una investigación reservada), lo que también le impidió solicitar la declaración de sus autores como testigos/peritos. Derivado de la nulidad parcial, se celebró nuevo juicio (el 2º) en el que, como pruebas, se incorporaron esos informes, declararon las profesionales autoras como testigos/peritos (consideraban poco creíble el testimonio de la menor) y también declaró el acusado. El juicio terminó con sentencia (la 2ª) de la AP de 17/03/2021. El condenado consignó 6.000 euros en concepto de Responsabilidad Civil, el día 11/02/2021.

La 2ª sentencia de la AP, condenó al acusado como autor de un delito de abuso sexual, con prevalimiento, a menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 182.1 y 4 d), en relación con el artículo 74 CP, consumado y con la circunstancia atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5ª CP, e impuso la pena de prisión de 5 años, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximación a menos de 200 metros de la menor, a su domicilio o cualquier otro en el que se encontrara, prohibición de comunicarse con ella por 10 años, y la medida de libertad vigilada por 5 años en relación con el artículo 108.1 j CP, con obligación de participar en cursos de educación sexual. Responsabilidad civil: indemnizar a la menor en la suma de 6.000 euros, más intereses legales.

Contra la 2ª sentencia del TSJCV de 16/09/2021 (que desestimó la apelación y confirmó la condena dictada por la AP de Valencia el 17/03/2021) se interpuso recurso de casación fundado en 7 motivos por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma. Esta sentencia es la que finalmente analiza la Sala 2ª del TS. La 1ª sentencia del TSJCV no fue recurrida al haber declarado la nulidad parcial y retrotraído las actuaciones. Al entrar en vigor la LO 10/2022, de 6 de septiembre, se dio traslado a las partes por su posible aplicación si fuera más favorable, concluyendo tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular que no lo era.

III. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

La víctima era menor, nacida en el año 2.002, tutelada por la Generalitat Valenciana en un Centro de Acogida desde que fue declarada en situación de desamparo (año 2011) por resolución administrativa, centro donde trabajaba como educador el acusado/condenado, mayor de edad. La menor salía del centro, pero regresaba

[1] STSJ de la Comunidad Valenciana, 122/2020, de 22 de junio, Recurso 34/2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tarde, tenía mal comportamiento o no cumplía las normas; durante el año 2.016 y principios del año 2.017, por esa conducta, era castigada a dormir en una habitación separada, lejos del resto de menores, estando la habitación en el 1º piso de la Residencia. Entre 2 y 10 veces, el acusado-educador (hacía el turno de noche), iba a la habitación de la menor cuando estaba castigada (ella tenía miedo y problemas para dormir), por eso pedía que él fuera y le diera masajes en el cuello y espalda, la menor confiaba en el educador. Cuando él creía que la menor dormía, cogía la mano de la niña y se masturbaba con ella, la menor fingía dormir por la vergüenza que le causaba.

Los hechos probados describen la situación de tutela de la menor en el centro, su aislamiento como medida disciplinaria en una habitación alejada del resto de menores, la relación de confianza con el educador, la dinámica de los abusos (masturbación del acusado con la mano de la menor) y que el acusado consignó 6.000 euros en concepto de responsabilidad civil, antes de dictarse la sentencia.

IV. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso se fundamentó en 7 motivos: 1) Vulneración de tutela judicial efectiva, defensa e inmediación, 2) Falta de imparcialidad objetiva, 3) Denegación arbitraria de prueba, 4) Vulneración de la presunción de inocencia, 5) Inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, 6) Inaplicación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño y 7) Indebida aplicación de la agravante de prevalimiento.

En todos insistía en que la nulidad parcial acordada en sentencia del TSJCV de 22 de junio de 2020 (no recurrible en casación: art. 847.2 LECr), le generó indefensión, pues la práctica de las nuevas pruebas afectaba a la valoración de las ya practicadas, especialmente a la declaración de la víctima/testigo, porque los informes negaban su credibilidad y, por tanto, que hubiera sido víctima de los abusos. Alegaba que en el 1ª juicio no pudo interrogar a la menor ni a los testigos sobre las manifestaciones que esta había realizado ante los peritos cuyos informes eran relevantes. Sostenía la vulneración del derecho a un juez imparcial, por falta de **imparcialidad objetiva**, al celebrarse el nuevo juicio ante los mismos magistrados que ya habían dictado una sentencia condenatoria previa, lo que (a su juicio) demostraba que estos mantenían una convicción de culpabilidad desde el 1º procedimiento.

También invocaba vulneración del principio de unidad de acto, porque el nuevo juicio solo se celebró para practicar las pruebas nuevas, manteniendo como válidas las ya practicadas, por lo que se perdía toda inmediación. Sostenía que los informes cuya práctica motivó la nulidad parcial eran relevantes al cuestionar la credibilidad de la víctima, en contraste con el informe de la Dra. del IML que sí la consideraba veraz. Con ello pretendía que el TS concluyera que no procedía la nulidad parcial, sino la nulidad total del juicio, repetición íntegra de la prueba ante otro tribunal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

V. MOTIVOS 1º Y 2º: NULIDAD PARCIAL, INMEDIACIÓN E IMPARCIALIDAD

Al amparo del artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 LECr, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías sin causar indefensión. La desestimación se amparó en la explicación del TSJ al resolver la apelación, considerando que, aunque lo habitual cuando se detecta la vulneración del derecho a la prueba, es declarar la nulidad total, se declaró la nulidad parcial al existir razones excepcionales que justificaban esa decisión, como eran:

- Riesgo de revictimización de la menor y la especial penosidad a que se vio expuesta (fue al juicio conducida por la policía que la tuvo engrilletada).
- El acusado tuvo mermado su derecho de defensa al no poder proponer como prueba los 2 informes exculpatorios de la investigación reservada[2] que no conocía. Por el desconocimiento, no pudo solicitar como prueba la testifical/pericial de los autores de los informes.

Recuerda el TS que, aunque la nulidad parcial no está expresamente en la LECr, tampoco se excluye encontrando apoyo en el artículo 243.1 LOPJ[3] como manifestación del principio de conservación de los actos procesales. Conforme a este precepto, la nulidad de un acto no debe extenderse a los demás que permanezcan inalterados. No obstante, admite que esta nulidad plantea dificultades, como la posible afectación al principio de unidad de acto (art. 744 LECr[4]), si bien dicha unidad no puede entenderse de forma rígida o dogmática[5] sino de carácter instrumental, pues las suspensiones propias del proceso no suponen su quiebra[6].

También consideró que no se quebraba el principio de inmediación porque la prueba nueva se iba a practicar ante el mismo Tribunal que había practicado la anterior, todo ello reforzado con la posibilidad de revisar nuevamente lo actuado a través de la grabación del juicio las veces que fueran necesarias. Pero el TS sí insiste en que la nulidad parcial declarada no vulnere ningún principio esencial del procedimiento y no genere riesgo de indefensión ni merma de garantías. No obstante, la nulidad parcial plantea una especial complejidad cuando afecta a una prueba conectada a otra, hasta el punto de romper la unidad de valoración que exige el juicio de instancia. Por ello, se ha rechazado (en general), la posibilidad de anular únicamente una parte de la prueba cuando ésta incide sobre los mismos hechos ya valorados por el tribunal. En casos como el analizado, la

[2] Investigación hecha por la Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Comunidad Valenciana.

[3] Artículo 243. 1 LOPJ: *La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.*

[4] Artículo 744 LECr: *Abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión*.

[5] STS, Sala 2ª 48/2014, de 27 de enero: *Ha de manejarse esa fórmula con extremada cautela para no romper sin causa suficiente el principio de unidad del juicio oral (art. 744 LECrim) más allá de los casos justificados. (…) La drástica solución de la nulidad total se haría difícilmente explicable a las partes (…). Especialmente ininteligible sería para la menor o para su familia tener que volver a relatar lo que ya contó hace pocos meses (…).*

[6] Como la apertura de pieza separada en el procedimiento abreviado o, singularmente, en los casos en que en apelación se practique prueba. En estos supuestos, se permite por la ley la ruptura de esa unidad.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

repetición aislada de una prueba podría interferir con la ya practicada (declaración de la víctima y testigos), alterando el equilibrio del conjunto. Pero el TS es claro: no cabe acordar una nulidad limitada a la repetición de una parte de la prueba excluyendo otra que trata sobre el mismo objeto, ello desnaturalizaría la valoración conjunta exigida por el principio de inmediación.

En caso del recurso se optó por la nulidad parcial manteniendo la validez de las pruebas practicadas para evitar la revictimización de la menor[7], que tuviera que someterse nuevamente al interrogatorio[8], ni obligar a la menor a declarar nuevamente[9] sobre unos hechos tan graves. También fue tenida en cuenta la naturaleza de las nuevas pruebas a practicar: los informes de credibilidad, que podían afectar el valor probatorio de la declaración de la menor. Estas valoraciones fueron las tenidas en cuenta por el tribunal para mantener la validez de la declaración de la víctima, pero, permitiendo practicar las otras pruebas para contrarrestar su versión con los Informes de credibilidad. Para poder contrastar ambas posturas, es que se decidió acordar la nulidad parcial. Al analizar estos motivos de recurso, el TS consideró que sí se había quebrado el principio de unidad de acto, pero al no ser un dogma sino algo instrumental, no se le causó indefensión al recurrente.

La pérdida de imparcialidad[10] del tribunal de instancia (AP), por haber dictado antes la sentencia condenatoria, también fue desestimado, el TS hace un repaso sobre la Imparcialidad Subjetiva y Objetiva que puede sintetizarse así:

- Subjetiva: garantiza que el juez sea totalmente ajeno a las partes sin poder asumir funciones de estas, tampoco puede mantener relaciones jurídicas o de hecho que evidencien una predisposición a favor o en contra hacia alguna de aquellas. Su fin es evitar cualquier apariencia de parcialidad derivada de vínculos personales previos.

[7] La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las 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, en su art. 20, invita a que el nº de declaraciones de la víctima sea el menor posible, el estrictamente necesario. El art. 22 recuerda la especial sensibilidad que ha de presidir el trato de víctimas de violencia sexual y menores de edad.

[8] La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, recogió las pautas marcadas sobre la normativa europea, e incluyó dentro del catálogo de medidas de protección, que se les reciba declaración al menor nº de veces posible, y sólo cuando resulte estrictamente necesario (artículo 21 b).

[9] El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007, hecho en Lanzarote; ratificado por España el 22/7/2010, cuyo art. 35 exige que el nº de declaraciones del menor sea el indispensable y estrictamente imprescindible. Se proclama también la conveniencia de establecer la validez de la grabación como medio de prueba.

[10] El derecho al Juez/Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, viene recogido explícitamente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en su art. 6.1; también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.1, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 10, estando recogido de forma implícita en el art. 24.2 CE, que recoge el Derecho Fundamental a un proceso con todas las garantías, reforzado, dentro del proceso penal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

- Objetiva: exige que el juez se acerque a la cuestión debatida sin haber formado criterio previo. Garantiza que no existan prejuicios ni condicionamientos derivados de contactos previos con los hechos o asunto litigioso, recayendo sobre el objeto del proceso, no sobre las partes.

Concreta el TS que: *el dictado de una primera sentencia en la que se otorgó credibilidad a la testigo no es suficiente para entender quebrada la imparcialidad en ninguna de sus vertientes, en atención al conjunto de la actividad probatoria desarrollada*[11]. Así, la anulación parcial del juicio y la posibilidad de practicar nueva prueba no implica que el tribunal vaya a mantener el criterio condenatorio previo, al contrario, supone que debe valorar toda la prueba (la existente y la nueva) con un enfoque más amplio y sin estar condicionado por la decisión previa. Todos estos argumentos fueron suficientes para desestimar los motivos 1º y 2º del recurso.

VI. MOTIVO 3º: DERECHO A LA PRUEBA

Al amparo del artículo 852 LECr, por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías al denegarse, con una irracional e ilógica motivación, gran parte de la prueba de descargo propuesta. Considera el recurrente que la denegación arbitraria de pruebas por la A.P. le causó indefensión, lo que reiteró en el trámite de cuestiones previas y en el trámite del artículo 788.4 LECr (modificación de conclusiones por parte del Fiscal). La STS le recuerda el recurrente, los requisitos formales y materiales para que su motivo prospere.

- Formales: las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, conforme a las reglas de cada procedimiento. Cuando el tribunal rechace las pruebas que no considere pertinentes, la parte proponente debe hacer constar la oportuna protesta, a efectos de recurso. Si fuera prueba testifical, hará constar las preguntas que pretendía hacer, para que el tribunal de instancia, después el de apelación y en su caso, el TS vía recurso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. Si no consta su trascendencia, se podrá estimar el recurso si la necesidad y pertinencia de la prueba se desprende fácilmente de su propia naturaleza y características.
- Materiales: la prueba ha de ser pertinente (relacionada con el objeto del proceso); relevante (con potencialidad para modificar el sentido del fallo); necesaria (útil para los intereses de defensa del proponente, de tal forma que su omisión le cause indefensión); y posible (en atención a las circunstancias que rodean su práctica). Estas cuestiones deberán ser acreditados por el recurrente cuando alegue la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

El TS rechazó cualquier vulneración del derecho a la prueba en la denegación de las que solo eran repetición de las ya realizadas. Entre ellas la de la única testigo y víctima, a la que precisamente la nulidad parcial quiso preservar de sufrir revictimización. La menor había declarado ya ante el Tribunal y las partes, dando un

[11] STS Sala 2ª, 292/2023, de 14 de diciembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

testimonio persistente. En general, el TS usó los mismos argumentos de la sentencia del TSJ recurrida en casación, para mantener la desestimación y destacó que la posibilidad del artículo 788.4 LECr para proponer prueba, no es un nuevo camino para reproducir la proposición de pruebas denegadas, ello sólo será posible si se produce una modificación agravatoria de la acusación y esas pruebas, deberán ajustarse a esa modificación de las acusaciones. Por ello también desestimó este motivo.

VII. MOTIVO 4º: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Vulneración de los artículos 24.1 y 2 CE, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y 852 LECr, relativo al derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, por considerar que no existen elementos de prueba suficientes que fundamenten una condena. Consideraba el recurrente que la prueba (declaración de la menor) era insuficiente, plagada de contradicciones e imprecisiones por lo que, no se sostenían los hechos probados sobre los que pivotaba la declaración de culpabilidad, poniendo en duda su fuerza probatoria por lo que, la AP no debió considerarla idónea ni suficiente.

La STS afirma que el recurso de casación no puede limitarse a repetir lo ya dicho en la apelación - porque convertiría la casación en una 2ª instancia/apelación - ni puede introducir cuestiones nuevas no planteadas antes, ya que, al no haber sido discutidas en apelación, se consideran consentidas. El objetivo del recurso de casación es plantear un debate directo con la sentencia recurrida, tratando de contradecir sus argumentos y convencer al TS de que le asiste la razón al recurrente. A su vez, recuerda el TS que ya el TSJ valoró la declaración de la víctima aplicando el triple canon jurisprudencial (ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la incriminación, y ausencia de móviles espurios) y consideró racional la valoración, otorgando al testimonio de la menor suficiente fuerza incriminatoria y capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo por tanto prueba de cargo suficiente para imponer la condena y ratificar la sentencia recurrida.

El TS también analiza las incongruencias que pueden surgir en la declaración de la víctima de estos delitos y lo hace en los siguientes términos: *la imposibilidad de concretar espacial y temporalmente los diferentes acometimientos sexuales que padece una menor a lo largo de un periodo de tiempo, durante el que el agresor aprovecha una relación cercana con ella, no merman la fuerza incriminatoria de su testimonio. Es lógico y comprensible que las menores no guarden memoria precisa de la localización y fecha de cada una de las agresiones, por su edad, porque son acontecimientos que se insertan en su cotidianidad, por el sufrimiento que puede producir el recuerdo de este tipo de ofensas, o por el miedo a trastocar el sosiego familiar (…), lo que no diluye la necesidad de que los elementos sobre los que pivota la tipicidad queden perfectamente delimitados*[12]. Y termina considerando que la fundamentación de la sentencia recurrida es ajustada, racional y lógica,

[12] STS Sala 2ª, 473/2020, de 24 de septiembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

considerando además que el TSJ al resolver la apelación, actuó con arreglo a las pautas exigibles y abordó en profundidad todas las cuestiones.

Por todo ello, el TS concluye que la condena del acusado se apoya en prueba válida, suficiente y racionalmente valorada, sin vulnerar ni la presunción de inocencia ni la tutela judicial efectiva. Por tales razones, desestimó también este motivo del recurso.

VIII. MOTIVO 5º: DILACIONES INDEBIDAS

Al amparo del artículo 849.1 LECr por inaplicación indebida del artículo 21.6ª del CP. Considera el recurrente que en la causa se han producido retrasos injustificados imputables al órgano judicial, que no le son atribuibles, y han generado un retraso desproporcionado en el tiempo atendiendo a la complejidad de la causa, lo que provocó una duración temporal desproporcionada.

Para resolver este motivo recuerda el TS que el Derecho Fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) no equivale a un derecho a que se cumplan estrictamente los plazos procesales, pero sí obliga a los tribunales a resolver y ejecutar lo resuelto dentro de un tiempo razonable. Para apreciar la existencia de esta atenuante es necesario comprobar que ha habido un retraso relevante en la tramitación, que el retraso no está justificado por la complejidad del asunto u otras causas, que es imputable al órgano judicial, y que no deriva de la conducta del acusado. Cualquier ponderación debe tener en cuenta la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes[13]. Y recuerda el TS que al interpretar esta atenuante concurren 2 elementos: 1) el plazo razonable y 2) las dilaciones indebidas.

1) Plazo Razonable: a él se refiere el artículo 6 CEDH, que reconoce a toda persona *el derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable.* Este es un concepto mucho más amplio y orientado a la duración total del proceso, e implica que todo investigado tiene el derecho a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, según su complejidad, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

2) Dilaciones Indebidas: referidas en el artículo 24 CE, implican retrasos injustificados en la tramitación de la causa, y se valorarán analizando el *iter* procesal y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales.

En realidad, ambos son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. La atenuante de dilaciones indebidas (artículo 21.6ª CP) exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de la causa, excluyendo los retrasos

[13] STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga contra España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Calo López Solé y Martín de Vargas contra España, y las otras citadas en ellas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que no merezcan tal consideración; y que esa demora no sea por causa del investigado ni que sea proporcional a la complejidad del procedimiento.

La sentencia recurrida ya había analizado todas las incidencias del procedimiento, y el TS asumió ese examen. Concluyó que, aunque la tramitación no fue todo lo ágil que debía ser, las demoras estaban justificadas por incidencias varias, a veces falta de colaboración de la víctima, una nulidad instada por el propio acusado y la paralización por el COVID-19. Ello permitió considerar razonable la valoración del tribunal de instancia, así, no hubo períodos de inactividad imputables al juzgado con la entidad extraordinaria que exige la atenuante. Además, atendiendo a las dificultades del caso y a la necesidad de celebrar dos juicios, la duración total del proceso no superó el plazo razonable. Por todo ello, también fue desestimado este motivo del recurso.

IX. MOTIVO 6º: ATENUANTE MUY CUALIFICADA DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Infracción de ley del artículo 849.1 LECr por inaplicación indebida del artículo 21.5º CP en relación con el artículo 66.2 CP, atenuante muy cualificada de reparación del daño. Esta atenuante está configurada como objetiva, y no exige que haya un reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento por el condenado. Es una atenuante *ex post facto*, fundada no en menor culpabilidad, sino en razones de política criminal orientadas a proteger a la víctima mediante la reparación posterior al delito cometido. Como consecuencia del carácter objetivo, su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos: 1) cronológico y 2) sustancial.

1) Cronológico: se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable. Se aprecia la atenuante cuando se haya hecho por el condenado en cualquier momento, con el tope de la fecha de celebración del juicio.

2) Sustancial: cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos (indemnización de perjuicios, restitución, o reparación del daño moral) se pueden entender incluidas en la atenuante. Es necesario es que el condenado lo haya hecho realmente, sin que sea válida la mera promesa de hacerlo después. En todo caso, debe haberse hecho antes de celebrarse el juicio.

Para que tal circunstancia sea apreciada como muy cualificada, se exige necesariamente un "plus". La jurisprudencia ha establecido que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada, es necesario *"algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisible y contraria al fin preventivo general de la pena"*[14].

[14] STS Sala 2ª, 478/2017, de 21 de junio.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por ello, se desestimó el motivo 6º del recurso ya que, la consignación de 6.000 euros fue tardía y no espontánea.

X. MOTIVO 7º: AGRAVANTE DE PREVALIMIENTO

Al amparo del artículo 849.1 LECr, por indebida aplicación de la agravante de prevalimiento, ex art. 183.4 d) CP. Alegaba el recurrente que el hecho de ser el educador no era suficiente para apreciar la agravante y que, en los hechos probados, no se explicaba cómo se aprovechaba aquel de su condición de educador. El artículo 183.4 d) CP de la legislación vigente a fecha de los hechos, conllevaba imponer la mitad superior de la pena cuando para ejecutar el hecho: *... el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco...* En concordancia con ello, ha dicho el TS Sala 2º que el prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad, y que usa en su beneficio particular con finalidad delictiva para mediatizar la decisión de la víctima.

La jurisprudencia ha declarado que esta agravante se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en una evidente situación de inferioridad, que restringe de modo relevante, su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad (docente, familiar, o situación económica/ laboral, de edad u otras), a sabiendas de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre un acto sexual impuesto. Por ello, la situación especial de la víctima hay que tenerla en cuenta para acreditar la desproporción/asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento.

El prevalimiento requiere, la existencia de una relación objetiva de superioridad entre el autor y la víctima, y que esa posición sea efectivamente aprovechada para obtener el consentimiento del menor en el acto sexual. Mientras la superioridad puede constatarse de forma objetiva, el aprovechamiento debe ser inferido racionalmente por el tribunal y reflejarlo expresamente la sentencia. También manifiesta el TS que: *La tipicidad aplicada fluye con naturalidad del relato de hechos probados, que aglutina los elementos nucleares de la modalidad agravada que se aprecia. La asimetría entre acusado y la víctima es clara, no solo por la diferencia de edad, sino por una superioridad basada en la autoridad que en ese momento representa quien actúa como cuidador en un centro de acogida donde la adolescente se encontraba ingresada, al estar declarada en situación de desamparo. El aprovechamiento de esa situación emerge con claridad cuando es precisamente el estatus de cuidador del acusado el que faculta la oportunidad del contacto con la joven, que además se encuentra aislada en una dependencia, lo que merma sus posibilidades de reacción. La situación de vulnerabilidad de la chica aparece igualmente descrita*[15].

[15] STS Sala 2ª, 929/2023, de 14 de diciembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El TS resalta que la vulnerabilidad de la víctima está basada en la confianza que tenía ella en su cuidador, por eso le pedía los masajes. Sabiendo de esa confianza, el acusado aceptaba y cuando creía que estaba dormida, le cogía la mano y se masturbaba, ante esa situación tan vergonzosa, la menor fingía que dormía. Con esa descripción de los hechos concluye que la menor no pudo reaccionar, considerando el TS que: *No nos encontramos ante una sucesión de contactos sexuales que fueran libremente buscados o aceptados por ella, (…), ni tampoco en unos tocamientos no consentidos entre personas que ocupan un plano equidistante o simétrico, sino ante un consentimiento, no solo cercenado en sus efectos por la edad de la víctima, sino especialmente viciado en cuanto obtenido precisamente con prevalencia de esa superioridad que no solo propició la ocasión que el acusado aprovechó, sino que minó la capacidad de respuesta de quien estaba en pleno proceso de maduración y sometida a la disciplina y protección de su cuidador*[16].

Por estos argumentos, desestima el motivo y ratifica el prevalimiento como agravante, al existir relación de superioridad, aprovechamiento de esa posición, vicio del consentimiento, vulnerabilidad de la víctima e incapacidad de reacción de esta.

XI. APLICACIÓN DE LA LO 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE

La reforma del Código Penal por la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, obligó a comparar la normativa a fin de verificar si esta nueva ley, era más beneficiosa al condenado, en cuyo caso, se aplicaría (artículo 2.2 CP) aunque la comparación debía hacerse en bloque, sin fragmentar las normas. El TS estableció que: *No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto (…), el texto legal adquiere su propia sustantividad*[17]. La comparación hay que abordarla a partir de la penalidad impuesta, en este caso, el Tribunal de instancia determinó la pena de prisión aplicando los artículos 183.1 y 4 d) CP en relación con el 74 CP, en el mínimo legal (5 años de prisión).

Los hechos probados encajan en el nuevo artículo 181.1, y 4 e) CP, con una penalidad que va desde los 4 a 6 años de prisión. Aplicada sobre ese marco penal la agravación derivada de la continuidad ex artículo 74 CP, se coloca ante una pena mínima de 5 años, igual a la impuesta, concluyéndose que la nueva legislación no era más favorable, máxime si se tiene en cuenta la elevación de la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, que conlleve contacto con menores, que se ha mantenido con la nueva reforma. Por eso no consideró el TS como más beneficiosa la nueva Ley y se aplicó la ley vigente en el momento de los hechos, la nueva regulación resultaba más gravosa en cuanto a la inhabilitación especial.

[16] Ídem.
[17] STS Sala 2ª, 107/2018, de 5 de marzo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

XII. FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS desestimó todos los motivos planteados, y profundizó en varios conceptos como: los efectos de la declaración de nulidad parcial cuando hay que practicar nuevos medios de prueba; la inexistencia de indefensión ni de parcialidad del tribunal de 1º instancia; la apreciación o no de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada; la existencia del prevalimiento por el hecho de ser el agresor, el cuidador del centro de menores con superioridad suficiente como para viciar el consentimiento de la víctima; y la no aplicación de la nueva ley por no ser la normativa más favorable al condenado. Falló desestimando el recurso de casación, confirmó la sentencia del TSJC Valenciana de 16/09/2021, devolvió los autos y condenó en costas al recurrente.

XIII. CONCLUSIONES

La nulidad parcial, aun siendo excepcional, es un instrumento procesal legítimo cuando permite evitar la revictimización y asegurar la vigencia de las garantías esenciales. Su adopción no compromete el principio de inmediación siempre que las nuevas pruebas se practiquen ante el mismo tribunal y exista grabación para la revisión íntegra de las anteriores válidas. Tampoco se ve afectada la imparcialidad objetiva por la previa emisión de una sentencia condenatoria, el órgano judicial tiene el deber de valorar de nuevo, toda la prueba preexistente y la sobrevenida. A su vez, la declaración de la víctima menor de edad, apreciada conforme a los criterios jurisprudenciales (ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la incriminación, verosimilitud y ausencia de móviles espurios), constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, reforzada por la especial protección que el ordenamiento interno e internacional reconoce a los menores víctimas de delitos sexuales.

Tampoco concurrían dilaciones indebidas de carácter extraordinario, la duración del procedimiento se explicó por la nulidad parcial, la actitud de la víctima y la crisis sanitaria, sin periodos de inactividad imputables al tribunal. Además, la reparación del daño no alcanzó la cualificación exigida, ya que se producido tras el juicio y sin aportar un plus de significación. El prevalimiento se apreciaba con claridad en la relación educador–menor tutelada, por la posición de superioridad objetivamente determinante, su aprovechamiento efectivo, el consentimiento gravemente viciado, la acentuada vulnerabilidad de la víctima y su imposibilidad real de reacción.

Por último, la LO 10/2022, de 6 de septiembre, no resulta más favorable, su comparación con la normativa vigente al tiempo de los hechos revelaba un régimen más gravoso en materia de inhabilitación especial.

En definitiva, el Tribunal Supremo confirmó la nulidad parcial acordada, la solidez de la valoración probatoria y la coherencia del fallo condenatorio, consolidando la doctrina sobre la protección reforzada de los menores,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

los límites de la nulidad parcial y las exigencias de un proceso penal respetuoso con las garantías fundamentales.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

Código Penal.

Constitución Española.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

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.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

STEDH, 28 de octubre de 2003, González Doria Durán de Quiroga c. España.

STEDH, 28 de octubre de 2003, Calo López Solé y Martín de Vargas c. España.

STS Sala 2ª, 48/2014, de 27 de enero.

STS Sala 2ª, 478/2017, de 21 de junio.

STS Sala 2ª, 107/2018, de 5 de marzo.

STS Sala 2ª, 201/2018, de 25 de abril.

STS Sala 2ª, 409/2019, de 19 de septiembre.

STS Sala 2ª, 473/2020, de 24 de septiembre.

STS Sala 2ª, 658/2021, de 3 de septiembre.

STS Sala 2ª, 929/2023, de 14 de diciembre.

STSJ Comunidad Valenciana 122/2020, de 22 de junio.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Doctrina Penal

INTERVENCIONES LEGALES EN PLATAFORMAS ENCRIPTADAS: ANÁLISIS JURÍDICO DE *ENCROCHAT*, LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS IMPLICACIONES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Laura Chamoso Cascón

Letrada de la Administración de Justicia. Directora del Servicio Común de Tramitación del Tribunal de Instancia de Arona, Santa Cruz de Tenerife

SUMARIO: *I. Introducción. II. El marco legal en España para el acceso a comunicaciones encriptadas III. La Tecnología de encriptación: Un análisis del Caso EncroChat. IV. Implicaciones legales de la intervención de comunicaciones encriptadas. V. Inteligencia artificial en la investigación penal: nuevas herramientas en la lucha contra el crimen organizado. La IA en el análisis de comunicaciones VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

En la era digital, la creciente utilización de plataformas de mensajería encriptadas ha generado un debate cada vez más relevante sobre el derecho a la privacidad frente a la necesidad de autorización judicial para la intervención de las comunicaciones privadas en la persecución de hechos delictivos. La encriptación de extremo a extremo, como la utilizada por *EncroChat*[1], ha sido una herramienta clave para grupos criminales, especialmente en el ámbito del crimen organizado, ya que les ha permitido llevar a cabo sus actividades delictivas sin posibilidad de que sus comunicaciones fueran intervenidas. Este desafío ha sido un punto de fricción en la legislación española y europea, especialmente en lo que respecta a las herramientas que se utilizan para intervenir las comunicaciones sin vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y la presunción de inocencia.

En el presente trabajo se expondrá el marco legal español relativo a las intervenciones de comunicaciones cifradas, se analizará el caso *EncroChat*, y las implicaciones que trae consigo el uso de tecnologías avanzadas,

[1] **EncroChat** era una red de comunicaciones y un proveedor de servicio presuntamente utilizado por miembros de pandillas para planear actividades criminales. En junio y julio de 2020, la policía se infiltró en la red EncroChat durante una investigación que abarcó todo Europa. Una fuente no identificada asociada con EncroChat dijo que la compañía cesaría operaciones debido a la operación policial. Shaw, Danny (2 de julio de 2020). «Hundreds arrested as crime chat network cracked». BBC News. Consultado el 05 de octubre del 2025. Cox, Joseph (22 de junio de 2020). «Encrypted Phone Network Says It's Shutting Down After Police Hack». Consultado el 05 de octubre del 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

como la Inteligencia Artificial (IA), en las investigaciones penales. A través de un análisis detallado de la legislación española y las herramientas tecnológicas emergentes, se pretende ofrecer un enfoque innovador sobre cómo equilibrar la protección de derechos fundamentales con la seguridad pública en el contexto de investigaciones criminales.

II. EL MARCO LEGAL EN ESPAÑA PARA EL ACCESO A COMUNICACIONES ENCRIPTADAS

1. Derecho a la privacidad en la Constitución Española

La Constitución Española, en su artículo 18[2], regula el derecho fundamental a la intimidad, garantizando el secreto de las comunicaciones. Este derecho está enraizado en el principio de protección de la intimidad personal y familiar, garantizando que ninguna comunicación privada sea interceptada sin el consentimiento expreso de los implicados. La Constitución, sin embargo, permite ciertas limitaciones a este derecho, sobre todo cuando se trata de la lucha contra el crimen organizado, pudiendo, mediante resolución judicial expresa acceder al contenido de estas.

2. Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 588 bis regula el acceso por medio de resolución judicial a las comunicaciones privadas en el marco de una investigación criminal. Dicha intervención requiere ajustarse al cumplimiento de una serie de principios rectores que justifiquen, en todo caso, la adopción de esta medida. Estos principios aparecen regulados en el art. 588 bis a de la LECr, siendo los siguientes;

a) ***Principio de especialidad.*** Implica la necesidad de que la medida esté directamente relacionada con la investigación de un delito concreto. Queda prohibida toda investigación prospectiva.

b) ***Principio de idoneidad***. Define el ámbito objetivo y subjetivo, así como la duración de la medida.

c) ***Excepcionalidad y necesidad***. La medida solo se podrá acordar cumpliendo dos presupuestos;

- Cuando no sean posibles otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para esclarecer los hechos,
- Cuando la comprobación del hecho, la determinación del autor, la averiguación de su paradero o localización de los efectos del delito sea muy difícil de determinar sin el recurso de esta medida.

Este último principio rector hace referencia a que teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, es necesario que el sacrificio de los derechos e intereses que están en juego nunca sea superior al interés público y de terceros pretendido con la adopción de la medida. En este caso, la valoración del interés público se

[2] 18.3 Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. www.laconstitución.es consultada el 1 de octubre del 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

considerará atendiendo a la gravedad de los hechos, su trascendencia social o ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios y la relevancia del resultado perseguido con la medida en cuestión y su correspondiente restricción de derechos.

En referencia a estos principios mencionar la Sentencia del TS nº 244/2013 de 22 marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª que dispone que *la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido*.

Por otra parte, se exige la limitación temporal de las intervenciones y se limita igualmente el alcance de la información que se puede obtener, ya que se pretende evitar que se vulneren derechos fundamentales de personas no involucradas en actividades delictivas.

3. Protección de datos personales y la Ley Orgánica 3/2018

La Ley Orgánica 3/2018, que adapta el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) al ordenamiento español, refuerza la protección de los datos personales en todos los ámbitos. En cuanto a las comunicaciones encriptadas, la ley establece que los datos sensibles solo pueden ser tratados si hay una base jurídica que lo justifique, como ocurre en las intervenciones autorizadas judicialmente. Este marco jurídico es crucial para garantizar que el uso de tecnologías avanzadas como la encriptación no suponga un riesgo para la intimidad de los usuarios, a menos que se cumplan los requisitos establecidos por la ley[3].

[3] https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con. Consultada el 15 de septiembre del 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4. Desafíos en el acceso a comunicaciones encriptadas

El principal desafío con las plataformas como *EncroChat* es cómo acceder a las comunicaciones cifradas sin infringir los derechos fundamentales de los usuarios. Las autoridades judiciales españolas, en colaboración con Europol[4], lograron obtener acceso a los datos de *EncroChat*, lo que abrió un acalorado debate sobre la legalidad de las técnicas que se habían sido utilizadas en el acceso a dichos datos.

III. LA TECNOLOGÍA DE ENCRIPTACIÓN

1. Análisis del caso *EncroChat*

EncroChat era una plataforma de mensajería encriptada utilizada principalmente por criminales organizados. Esta plataforma garantizaba comunicaciones seguras entre los usuarios, haciéndolas casi imposibles de interceptar por las autoridades. Sin embargo, en 2020, las fuerzas de seguridad europeas, incluida la policía española, lograron infiltrarse en esta red, desmantelando una gran parte de las operaciones delictivas que se gestionaban a través de ella. En el marco de una investigación llevada a cabo por las autoridades francesas, se descubrió que los sospechosos utilizaban teléfonos móviles criptográficos que operaban con una licencia denominada *EncroChat* para cometer delitos principalmente en el ámbito del tráfico de drogas. Mediante un software especial y un hardware modificado, estos teléfonos móviles permitían una comunicación cifrada de extremo a extremo a través de un servidor situado en Roubaix (Francia), que no podía controlarse con los métodos de investigación convencionales.

Con autorización judicial, la policía francesa logró obtener datos de este servidor en 2018 y 2019. Estos datos permitieron el desarrollo de un software troyano por parte de un equipo conjunto de investigación en colaboración con expertos neerlandeses. Este software se instaló en el citado servidor con la autorización del Tribunal correctionnel de Lille (Francia) y desde allí se instaló en los teléfonos móviles mediante una actualización simulada. Un total de 32.477 usuarios (de un total de 66.134 usuarios registrados) de 122 países se habrían visto afectados por este software. La estrategia que utilizaron[5] fue la explotación de una vulnerabilidad encontrada a través de la confianza que generaba el sistema de actualizaciones de los terminales. EUROPOL fue la agencia europea encargada de estudiar tanto la información en tiempo real como la albergada en el sistema. Según se analizaban los datos que se iban obteniendo se ponía en contacto con aquellos países cuyos nacionales operaban a través de *EncroChat*. En el caso de España, la información fue remitida a la Fiscalía General del Estado que, a su vez, la puso en conocimiento de la Fiscalía Especial Antidroga

[4] https://www.europol.europa.eu/ consultada el 5 de agosto del 2025.
[5] Gomezdelianoymarquezdeprado.es.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

con el objetivo de solicitar la correspondiente Orden Europea de Investigación y hacerse así con todo el material que fue intervenido por Europol.

La información obtenida de *EncroChat*, a pesar de que su contenido fue cuestionado como prueba ilícita por haberse vulnerado de forma masiva los derechos fundamentales de los investigados, al tratarse de una obtención e intervención masiva de las comunicaciones de miles de personas, todo ello sin control judicial, ha sido incorporada a procedimientos judiciales de numerosos estados miembros; cuestión de prueba ilícita que ha sido objeto de la STJUE C-670/22 dictada por la Gran Sala, en la que se ha procurado establecer una serie de criterios interpretativos de las disposiciones de la Directiva 2014/41[6] en relación con los datos procedentes de *EncroChat.*

Con carácter previo, las Instituciones Europeas fueron también requeridas por la posible vulneración del derecho a la intimidad personal llevada a cabo por las autoridades policiales francesas, encontrando una respuesta similar a la del TJUE en su sentencia C-670/22. En este sentido, la Comisión europea afirmó que *Francia y los Países Bajos, junto con la Agencia de la UE para la Cooperación en materia de Cumplimiento de la Ley (Europol) y la Agencia de la UE para la Cooperación en materia de Justicia Penal (Eurojust), establecieron un Equipo Conjunto de Investigación (JIT) sobre actividades delictivas que involucran el uso de la red de comunicaciones EncroChat. Determinar si una determinada conducta fue delictiva corresponde a los tribunales nacionales. Los Estados miembros deciden sobre el tratamiento y la divulgación de dicha información, de conformidad con el Reglamento Europol y la Directiva sobre aplicación de la ley*[7].

IV. IMPLICACIONES LEGALES DE LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES ENCRIPTADAS

1. El derecho a la defensa y la presunción de inocencia

Uno de los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico español es el derecho de defensa, lo que implica que nadie puede ser acusado sin pruebas que , sometidas a un debate contradictorio lo incriminen directamente de la comisión de un hecho constitutivo de delito. La intervención de las comunicaciones encriptadas, aunque sea una medida que cuente con autorización judicial, puede generar riesgos para la defensa de los acusados, especialmente si las pruebas obtenidas no cumplen con todos los requisitos procesales establecidos por la ley. De igual manera, la presunción de inocencia puede verse afectada si la información obtenida se utiliza de manera prematura o sin las garantías debidas.

2. Desafíos jurídicos en el tratamiento de pruebas obtenidas

[6] Que regula la cooperación judicial en materia penal y es el mecanismo necesario para hacerse con las pruebas practicadas en otro Estado miembro.

[7] Respuesta dada por la Comisión Europea a pregunta del Eurodiputado polaco Moritz Korner. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-000354-ASW_EN.html . Consultado el 15 de agosto de 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Un aspecto clave de la intervención de plataformas encriptadas es cómo se trata la prueba obtenida. Debe garantizarse en todo caso la cadena de custodia. En muchos casos, los tribunales deben determinar si esta evidencia es admisible en juicio, especialmente cuando se ha obtenido sin el conocimiento del acusado. La transparencia en los procedimientos y el control judicial de la medida de intervención, son esenciales para garantizar un proceso debido donde se garanticen todos los derechos del acusado.

V. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL: NUEVAS HERRAMIENTAS EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO. LA IA EN EL ANÁLISIS DE COMUNICACIONES

La Inteligencia Artificial (IA) está revolucionando el ámbito de la investigación penal, especialmente en el análisis de grandes volúmenes de datos y comunicaciones encriptadas. Herramientas basadas en IA pueden procesar rápidamente la información obtenida de plataformas como *EncroChat*, identificando patrones y relaciones entre los usuarios de manera mucho más eficiente que los métodos tradicionales. Esto mejora la capacidad de las autoridades para detectar actividades delictivas, pero también plantea preguntas sobre todo en lo relativo a la vulneración de los derechos fundamentales. En este sentido, la transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales en el uso de sistemas automatizados, ya que deben ser audibles y deben garantizar que no se produzcan sesgos en el análisis de la información obtenida. Esto es esencial para que el uso de la IA sea legítimo y no vulnere derechos fundamentales.

1. La regulación jurídica del uso de IA en España

a) Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial

España está desarrollando un marco normativo para la regulación del uso de la IA. El Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial tiene como objetivo la adaptación del Ordenamiento Jurídico Español al Reglamento Europeo de IA, así como regular de forma estricta los sistemas de reconocimiento biométrico " en tiempo real" en espacios públicos de acceso común.

2. El papel de la Inteligencia Artificial en la vigilancia y la intervención de las comunicaciones

La Inteligencia Artificial (IA) está transformando de manera profunda los métodos y herramientas utilizadas por las autoridades en investigaciones penales, especialmente en la vigilancia digital y en la intervención de comunicaciones encriptadas. Este avance tecnológico, si bien ofrece grandes oportunidades para la detección de actividades ilícitas, también genera una serie de dilemas éticos y jurídicos que requieren una regulación rigurosa y precisa para no vulnerar derechos fundamentales, como la privacidad o la presunción de inocencia. En el contexto de plataformas como *EncroChat*, que utilizan encriptación de extremo a extremo, la aplicación de la IA se vuelve crucial, ya que las autoridades se enfrentan a la imposibilidad de intervenir directamente las comunicaciones sin herramientas tecnológicas avanzadas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La IA permite procesar enormes volúmenes de datos en tiempo real y analizar patrones de comunicación, algo que resulta esencial cuando se investiga el crimen organizado, especialmente en plataformas de mensajería encriptada como ***EncroChat***. Estas plataformas están diseñadas para proteger la privacidad de sus usuarios mediante la encriptación de las comunicaciones. Sin embargo, para las autoridades encargadas de la lucha contra el crimen organizado, como el narcotráfico, el blanqueo de capitales o el terrorismo, las herramientas tradicionales de vigilancia no son suficientes.

En este contexto, la IA se utiliza principalmente en las siguientes áreas:

1) Análisis de datos masivos: Los algoritmos de IA pueden procesar y analizar grandes cantidades de mensajes encriptados de forma mucho más rápida y eficiente que los humanos. Por ejemplo, los sistemas pueden identificar patrones de comportamiento y relaciones entre los usuarios, detectando, así, posibles actividades delictivas sin necesidad de verificar uno a uno los mensajes enviados.

2) Reconocimiento de patrones y comportamiento: Los algoritmos de aprendizaje automático (machine learning) permiten identificar patrones y conductas asociadas a actividades ilegales. Esto no solo permite predecir comportamientos criminales futuros, sino también descubrir redes criminales que operan de manera oculta en plataformas de mensajería.

3) Detección automática de contenido ilegal: Gracias a la IA, es posible escanear automáticamente las comunicaciones en busca de contenido relacionado con actividades ilegales, como tráfico de drogas, proyectos terroristas, blanqueo de capitales, entre otros. Estos sistemas pueden etiquetar y clasificar mensajes y archivos sospechosos, lo que supone un gran avance en la investigación manual ordinaria.

Desencriptado asistido por IA: En ciertos casos, la IA se está utilizando para ayudar a desencriptar las comunicaciones. A través de técnicas de análisis de vulnerabilidades y la aplicación de algoritmos avanzados, es posible que las autoridades obtengan acceso a mensajes cifrados, como sucedió en el caso de *EncroChat.*

1. Retos jurídicos y éticos del uso de IA en la intervención de las comunicaciones

El uso de IA en la vigilancia y la intervención de las comunicaciones plantea numerosos retos éticos y jurídicos que deben ser abordados cuidadosamente para evitar abusos de poder y la vulneración de derechos fundamentales:

a) Derecho a la privacidad: La privacidad de las comunicaciones es un derecho fundamental protegido por la Constitución Española, artículo 18.3, y el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Sin embargo, el uso de IA para intervenir comunicaciones plantea el riesgo de violar este derecho si no se asegura un control judicial adecuado y una justificación razonable para la intervención.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Aunque la legislación permite la intervención de comunicaciones en casos de delitos graves, como establece el artículo 588 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el uso de IA para acceder a comunicaciones cifradas debe estar estrechamente regulado para evitar que se vulneren derechos fundamentales de personas no involucradas en la investigación. La cuestión clave es el equilibrio entre la seguridad pública y la protección de la intimidad

b) Presunción de inocencia: El uso de IA también puede generar prejuicios o sesgos que afecten el derecho a la presunción de inocencia. Los sistemas de IA pueden ser entrenados con datos históricos que contienen sesgos inherentes, como la raza, poblaciones marginales, color de piel, lo que puede llevar a decisiones equivocadas sobre quiénes deben ser investigados o detenidos. Dicho lo anterior la presunción de inocencia es un derecho fundamental en cualquier sistema de justicia, que garantiza que una persona no sea considerada culpable hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un juicio justo. La IA puede afectar este principio, sobre todo cuando se utilizan algoritmos predictivos que intentan predecir el comportamiento de individuos o grupos basándose en patrones anteriores.

Por ejemplo, el uso de IA para analizar las comunicaciones de personas bajo investigación puede llevar a decisiones precipitadas sobre su culpabilidad. Si un algoritmo de IA señala a una persona como sospechosa debido a ciertos patrones de conducta, esto podría generar prejuicios que afecten la presunción de inocencia. Este es un riesgo ético considerable, ya que:

- Sesgos en los algoritmos: Los algoritmos de IA pueden estar entrenados con datos históricos que contienen sesgos (por ejemplo, si los datos de criminalidad provienen de un sistema judicial que ya es discriminatorio de por sí). Esto puede desencadenar en una discriminación algorítmica, afectando a ciertos grupos étnicos, socioeconómicos o incluso a personas con antecedentes penales previos.
- Condiciones de sospecha: La IA puede identificar patrones de comportamiento que, aunque no son necesariamente ilegales, pueden ser interpretados como indicativos de actividad criminal, es decir , identificar las conductas desviadas (como así contempla la criminología) con comportamientos delictivos. Esto puede llevar a la criminalización preventiva de ciertos individuos sin una base suficiente para una acusación formal.

Para evitar estos riesgos, es necesario que los algoritmos predictivos sean auditables y verificables por jueces, y que se establezcan mecanismos de supervisión judicial para garantizar que no se vulneren derechos fundamentales durante las investigaciones penales.

a) Transparencia y responsabilidad: La opacidad de los algoritmos de IA plantea un grave problema en términos de transparencia. La sociedad tiene derecho a conocer cómo y por qué se están utilizando estas tecnologías para tomar decisiones que pueden afectar profundamente la vida de los ciudadanos. El

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

principio de rendición de cuentas exige que se pueda verificar el funcionamiento de las herramientas de IA y los criterios utilizados para su aplicación.

b) ***Intervención indiscriminada de comunicaciones:*** La capacidad de la IA para analizar grandes cantidades de información plantea la posibilidad de que se lleven a cabo intervenciones indiscriminadas que no se limiten solo a los sujetos bajo investigación, sino que afecten a personas ajenas a las actividades delictivas, vulnerando con ello masivamente los derechos fundamentales de estas personas. Las garantías jurídicas en cuanto a la proporcionalidad de la intervención y la limitación del alcance son cruciales para evitar que se convierta en una forma de vigilancia masiva.

Por ello, el uso de IA en el campo del derecho penal es muy útil para el procesamiento masivo de datos, pero no debe sustituir al conocimiento humano, porque debemos de partir de que los casos deben ser analizados uno por uno, con la particularidad de este y no de manera masiva y de forma conjunta. Solo el ser humano goza de la empatía que siempre le faltará a la tecnología.

2. La IA en la Cooperación Internacional en la lucha contra el Crimen Organizado

El uso de IA no solo afecta a las investigaciones nacionales, sino que también juega un papel fundamental en la cooperación internacional en la lucha contra el crimen transnacional, como el narcotráfico o el terrorismo. Plataformas como *EncroChat* han sido utilizadas globalmente por organizaciones criminales, por lo que las autoridades de diferentes países deben colaborar para poder acceder a los datos y coordinarse en el uso de IA para desmantelar redes delictivas internacionales.

a) ***Cooperación en el acceso a datos:*** Herramientas como las proporcionadas por Europol[8] y Eurojust utilizan IA para compartir información entre países miembros de la Unión Europea y otras naciones en investigaciones criminales. La IA permite la automatización de la recopilación y análisis de datos, facilitando la interoperabilidad entre las fuerzas de seguridad internacionales.

b) ***Plataformas de colaboración:*** Algunas plataformas, como SIENA[9] (plataforma de Europol para el intercambio de datos), están utilizando inteligencia artificial para gestionar los flujos de información entre países de manera más eficiente. Estas plataformas integran IA para ayudar a las autoridades a filtrar y

[8] https://www.europapress.es/portaltic/ciberseguridad/noticia-europol-advierte-uso-ia-herramienta-impulsar-transformar-radicalmente-crimen-organizado-20250320123152.html .consultado el 05 de octubre del 2025.

[9] La plataforma de Europol para el intercambio de datos se conoce como el sistema SIENA, que permite el intercambio seguro y rápido de información operativa y delictiva entre las fuerzas del orden de más de 70 países. Este sistema facil ita la cooperación policial y la lucha contra delitos transnacionales, permitiendo a las autoridades actuar con mayor ra pidez en situaciones críticas. Además, el Reglamento (UE) 2024/982, conocido como "Prüm II", busca mejorar y racion alizar el intercambio de información para la cooperación policial en la UE, ampliando las categorías de datos que pued en ser intercambiados automáticamente.
https://www.europarl.europa.eu/. Consultado el 05 de agosto del 2025

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

analizar grandes volúmenes de información rápidamente, lo que resulta en una cooperación más eficaz para desmantelar redes criminales.

3. Los Desafíos de la Regulación y la Normativa

La regulación de la IA en el ámbito penal debe ser un proceso continuo para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos. La legislación española y europea está en proceso de abordar estos temas, pero aún existen vacíos importantes en cuanto a la regulación del uso de IA en la intervención de comunicaciones. En particular, las leyes deben:

1) Definir los límites claros de lo que constituye una intervención legítima en las comunicaciones.
2) Garantizar la protección de derechos fundamentales, como la privacidad y la presunción de inocencia.
3) Establecer mecanismos de supervisión judicial de los algoritmos de IA empleados por las autoridades, para asegurar que su uso sea siempre proporcional, necesario y legal.

VI. CONCLUSIONES

El estudio de la intervención de las telecomunicaciones y su regulación en el ámbito penal ha evolucionado de manera significativa, especialmente con la aparición de plataformas de comunicación encriptada como *EncroChat* y el uso emergente de tecnologías como la Inteligencia Artificial (IA) en las investigaciones judiciales. La evolución tecnológica ha puesto en evidencia que es necesario actualizar y adaptar las leyes existentes a los nuevos desafíos digitales ¿ en qué sentido?

La intervención de las telecomunicaciones ha sido tradicionalmente un instrumento de investigación en el ámbito del Derecho Penal, siempre bajo control judicial. En este contexto, la intervención de las comunicaciones encriptadas se presenta como una de las grandes dificultades de la justicia moderna, ya que plataformas como *EncroChat* permiten comunicaciones con un nivel de encriptación tan elevado que las fuerzas de seguridad, a menos que cuenten con herramientas tecnológicas avanzadas, no pueden acceder directamente al contenido de estas.

Este obstáculo ha llevado a la modificación de algunas normativas para permitir la intervención indirecta mediante el análisis de patrones de comportamiento dentro de las redes de telecomunicaciones, utilizando herramientas como la Inteligencia Artificial (IA). Sin embargo, la intervención indirecta, como la que permiten los algoritmos de IA, debe estar autorizada judicialmente y debe respetar el principio de proporcionalidad que garantiza la Constitución Española.

Desde una perspectiva jurídica, la IA plantea desafíos significativos. Por un lado, su uso mejora la efectividad en la detección de comportamientos delictivos, pero, por otro, puede generar discriminación algorítmica o criminalización preventiva. Si los algoritmos no son debidamente entrenados y supervisados, pueden llevar a

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que ciudadanos inocentes sean identificados erróneamente como sospechosos, lo que vulneraría su derecho a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Además, en el uso de la IA las autoridades deben garantizar que las decisiones tomadas por algoritmos sean explicables y auditables, con sujeción a los principios constitucionales.

Por otro lado, la inclusión de tecnologías como la IA también pone en peligro el principio de proporcionalidad si se emplean para intervenir de manera indiscriminada en las telecomunicaciones de los ciudadanos. Las herramientas de monitorización masiva que permiten identificar patrones de comportamiento sin una intervención judicial previa son potencialmente peligrosas para el derecho a la protección de datos personales y pueden generar efectos disuasorios sobre la libertad de expresión y todo ello sujeto al principio de proporcionalidad y la supervisión judicial en la intervención de telecomunicaciones. Ello significa que, en el caso de las plataformas encriptadas y el uso de la IA, el control judicial previo es esencial para garantizar que no se produzcan intervenciones indiscriminadas o abusivas en las telecomunicaciones de los ciudadanos.

Por otra parte, la globalización de las telecomunicaciones y el carácter transnacional de las plataformas encriptadas requieren una cooperación internacional más estrecha entre los Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) proporciona el marco para asegurar la protección de los datos personales mientras se facilita la cooperación judicial en casos de criminalidad transnacional.

Por todo lo expuesto, se prevé la necesidad de una reforma legislativa para abordar el problema de la interceptación de este tipo de comunicaciones encriptadas. El marco legislativo actual en España y la Unión Europea necesita adaptarse a la evolución de las tecnologías de encriptación y las plataformas digitales. Las legislaciones actuales no han sido suficientes para abordar los retos específicos que plantean las plataformas como *EncroChat* o *Sky* ECC, que no solo facilitan la comunicación de las organizaciones criminales, sino que también complican la intervención judicial en las mismas

VII. BIBLIOGRAFÍA

Circular 2/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Constitución Española de 1978.

Eurojust. (2021). La cooperación internacional en la lucha contra el crimen organizado y el uso de plataformas encriptadas. Informe oficial de Eurojust que explica los esfuerzos de cooperación internacional para intervenir comunicaciones en plataformas encriptadas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Europol. (2020). Impact of encrypted communications on law enforcement investigations: A report on the infiltration of EncroChat. Informe de Europol sobre la infiltración de EncroChat y su impacto en la lucha contra el crimen organizado. Gomezdelianoymarquezdeprado.es.

Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de cooperación jurídica internacional en materia penal.

Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de datos personales (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD)

Sentencia del Tribunal Supremo nº 244/2013 de 22 marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª.

STJUE C-670/22 dictada por la Gran Sala, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril del 2024

Silvia Santana López. https://martellabogados.es/la-interceptacion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-telematicas/.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

EL EXTRANJERO ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA: LA DECISIÓN DE INGRESO EN CIE

Karim El Marbouhe El Faqyr

Abogado y profesor en Universidad de Almería, Doctor en derecho y Doctor en ciencias de enfermería

SUMARIO: *I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del internamiento en centros de internamiento de extranjeros. 1. Concepto y finalidad del internamiento. 2. El internamiento como medida cautelar privativa de libertad de carácter no penitenciario. 3. Diferencias entre internamiento en CIE, detención policial y prisión provisional. III. La decisión de internamiento por el juzgado de instrucción en funciones de guardia. 1. Marco normativo aplicable y competencia judicial. 2. Presupuestos materiales para acordar el internamiento. 3. Audiencia del extranjero, asistencia letrada e intérprete. 4. La motivación judicial del auto de internamiento. 5. Duración de la medida y límite máximo de sesenta días. IV. Tutela judicial de la estancia del extranjero internado en CIE. 1. Peticiones y quejas formuladas durante el internamiento. 2. Tutela judicial en la ejecución de la medida. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio ha situado al internamiento en centros de internamiento de extranjeros en un espacio jurídico especialmente sensible, en el que confluyen el Derecho de extranjería, el Derecho procesal y la tutela de los derechos fundamentales; es por ello que nos hallamos ante una medida que, sin tener naturaleza penitenciaria ni carácter sancionador en sentido estricto, comporta una intensa restricción de la libertad ambulatoria de la persona extranjera, lo que exige una fundamentación legal rigurosa, un control judicial efectivo y una interpretación presidida por los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad[1].

Desde esta perspectiva, el papel del Juzgado de Guardia adquiere una relevancia central, ya que la principal medida cautelar en materia de extranjería en la que interviene el Juzgado de Instrucción es la autorización del internamiento del extranjero en un centro no penitenciario, a solicitud de la Administración, generalmente la Policía Nacional con la finalidad de asegurar la efectividad de una expulsión, devolución, retorno o evitación de entrada[2]. Ese mismo planteamiento enlaza con la normativa vigente, que atribuye a las Secciones de

[1] BAYÓN-TORRES, L. Z. (2021). Los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España: función, perfiles de la población internada y posibilidades de asistencia social en su interior. Campos en Ciencias Sociales, 9.

[2] BALLESTEROS PENA, A. (2022). Comentario a Cristina Fernández Bessa Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales. Delito y sociedad, 31(53), 54-57.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Instrucción y Secciones Únicas la competencia para autorizar el internamiento, controlar la estancia en los CIE y conocer de las peticiones y quejas de los internos cuando afecten a sus derechos fundamentales[3].

La singularidad de esta materia se aprecia también en la forma en que se determina la competencia del órgano judicial. Por un lado, la Ley Orgánica 4/2000[4] dispone que el juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado y con arreglo al principio de proporcionalidad, valorando, entre otros extremos, el riesgo de incomparecencia, la carencia de documentación o domicilio, las maniobras tendentes a dificultar la expulsión y la existencia de antecedentes o procedimientos pendientes. Por otro lado, el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales contempla la intervención del Juzgado de Guardia, en régimen de sustitución, para actuaciones urgentes e inaplazables en materia de extranjería, asilo y refugio cuando se insten medidas cautelares fuera de días y horas hábiles, con posterior remisión al órgano naturalmente competente[5].

A esta construcción dogmática se suma hoy un dato de evidente actualidad, el Gobierno ha iniciado en 2026 un proceso de regularización administrativa extraordinaria de personas extranjeras en España, desarrollado mediante la modificación del Reglamento de extranjería. Según la información oficial del Gobierno, el proceso se dirige a personas extranjeras que ya se encontraban en España antes del 1 de enero de 2026, exige permanencia continuada previa y ausencia de antecedentes penales, y persigue reforzar la seguridad jurídica y la integración. En paralelo, el Real Decreto 316/2026, de 14 de abril[6], ha incorporado al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 nuevas disposiciones adicionales que permiten solicitar, hasta el 30 de junio de 2026, autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales tanto para determinadas personas

[3] ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M., CANTERO GARCÍA, M., & POZUELO MONTERO, C. (2022). La promoción del bienestar emocional y la resiliencia en centros de internamiento de extranjeros (CIE). Investigando la salud a lo largo del ciclo vital: nuevos retos y actualizaciones, 207-213.

[4] Vid Ley Orgánica 4/2000 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 12/01/2000. Entrada en vigor: 01/02/2000 Departamento: Jefatura del Estado. El artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000 regula el internamiento del extranjero en CIE como medida cautelar vinculada a determinados expedientes de expulsión, cuya adopción requiere solicitud del instructor y autorización del Juez de Instrucción competente, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, mediante auto motivado y con arreglo al principio de proporcionalidad. La medida solo puede mantenerse durante el tiempo imprescindible, con un máximo de sesenta días, cesando cuando desaparezcan las circunstancias que la justificaron. El precepto prohíbe, además, el internamiento de menores prevé la comunicación del expediente y de la medida a las autoridades consulares y distingue entre el juez competente para autorizar o dejar sin efecto el internamiento, que será el del lugar de la detención, y el juez encargado del control de la estancia en el CIE, que será el del lugar donde radique el centro.

[5] Vid Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Rango de la norma. Reglamento Órgano emisor Consejo General del Poder Judicial (España) Número de orden 1/2005 Fecha de actualización jueves, 27 de septiembre de 2018. Año 2005.

[6] Real Decreto 316/2026, de 14 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 92, de 15 de abril de 2026, páginas 53342 a 53362 (21 págs.). Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes Referencia: BOE-A-2026-8284.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

solicitantes de protección internacional como para personas en situación de arraigo extraordinario, con habilitación provisional para residir y trabajar desde la admisión a trámite.

En consecuencia, el presente trabajo se propone analizar el internamiento en CIE desde la perspectiva del Juzgado de Guardia, partiendo de su naturaleza como medida cautelar privativa de libertad, examinando los criterios de competencia y actuación judicial en estos procedimientos y valorando, finalmente, cómo el actual proceso de regularización administrativa extraordinaria puede proyectarse sobre la decisión de internamiento y sobre el alcance del control judicial. Desde este enfoque, el estudio no se limitará a una exposición abstracta del régimen jurídico de los CIE, sino que tratará de determinar de qué manera el órgano judicial de guardia debe responder, con arreglo a la legalidad vigente y a los principios constitucionales, ante una materia en la que convergen urgencia, privación de libertad, potestad administrativa y tutela de derechos fundamentales.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO EN CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

El internamiento en centros de internamiento de extranjeros constituye una de las instituciones más singulares del ordenamiento jurídico español, en la medida en que permite una auténtica privación de libertad fuera del proceso penal estricto y al servicio de finalidades propias de la legislación de extranjería[7]. En este sentido se trata de una figura de gran densidad constitucional, pues afecta de forma directa al derecho fundamental a la libertad personal y obliga a conciliar la ejecutividad de las decisiones administrativas en materia de expulsión, devolución o retorno con la exigencia de control judicial y con el respeto a las garantías inherentes a toda restricción de libertad[8].

Desde esta perspectiva, la naturaleza jurídica del internamiento en CIE solo puede comprenderse adecuadamente si se atiende a tres ideas fundamentales[9]. La primera es que nos hallamos ante una medida privativa de libertad y no ante una simple restricción de movimientos. La segunda es que dicha privación se concibe formalmente como cautelar, esto es, como un instrumento orientado a asegurar la eficacia de una decisión administrativa de repatriación. Y la tercera es que su adopción no corresponde a la Administración, sino al órgano judicial, precisamente porque la disponibilidad sobre la libertad personal no puede quedar entregada a la sola autoridad administrativa. Sobre estas tres premisas se construye el régimen jurídico del

[7] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014). Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: Una nueva oportunidad perdida. Diario La Ley, (8418).
[8] GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (s. f.). A vueltas con los CIE: El debate sobre su clausura. Instituto de Derecho Público.
[9] KARIBU. (2014). Subsaharianos en el CIE de Madrid: Informe 2014.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

internamiento y, a la vez, sobre ellas gravitan las principales controversias dogmáticas y constitucionales que ha suscitado la institución[10].

1. Concepto y finalidad del internamiento

Desde un punto de vista conceptual, el internamiento en CIE puede definirse como una medida privativa de libertad de naturaleza cautelar, acordada por el Poder Judicial a instancia de la Administración, en los supuestos previstos por la ley, y ejecutada en centros específicos no penitenciarios. Esta definición resulta especialmente útil porque concentra en una sola fórmula los elementos esenciales de la institución: privación de libertad, finalidad cautelar, decisión judicial, iniciativa administrativa y ejecución en establecimientos distintos de los penitenciarios; además, permite deslindar el internamiento de otras figuras próximas, al poner de manifiesto que se inserta en el ámbito de la extranjería y no en el de la persecución penal[11].

La finalidad del internamiento es esencialmente instrumental; no se configura como una pena ni como una sanción autónoma, sino como un mecanismo dirigido a asegurar la efectividad de una resolución administrativa de expulsión o de otras medidas de salida del territorio nacional[12].

Es relevante destacar la existencia de diversas situaciones que pueden dar lugar al internamiento, expulsión, devolución y retorno y que estas situaciones presentan particularidades propias, pero coinciden en un mismo rasgo: todas permiten privar cautelarmente de libertad al extranjero con la finalidad de garantizar su salida de España[13]. En su formulación más desarrollada, el internamiento aparece como una medida adoptada en el marco de un procedimiento sancionador para asegurar la ejecución de una eventual sanción de expulsión; y, en otros supuestos, como instrumento para posibilitar materialmente una devolución o un retorno cuando la salida no puede ejecutarse en el breve lapso de la detención policial[14]. La consecuencia de lo anterior es clara: el internamiento no encuentra su razón de ser en la mera situación irregular del extranjero considerada en abstracto, sino en la necesidad de asegurar el resultado útil de una actuación administrativa concreta; de ahí

[10] KARIBU. (2015). CIE: Intento fallido de expulsión. El internamiento en el CIE de Madrid y los vuelos de repatriación de las personas subsaharianas. Informe 2015.

[11] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., & SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013). Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante "sin papeles": Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales. *En* Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos (pp. 1025-ss.). Tirant lo Blanch.

[12] NAVARRO MANICH, J. A. (2015). La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: La necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 139-ss.).

[13] RELAÑO PASTOR, E. (2015). Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 81-ss.).

[14] TOMÉ GARCÍA, J. A. (2015). La autorización del internamiento: Principios rectores. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 165-ss.).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que su legitimidad dependa de su estricta vinculación con esa finalidad asegurativa[15]. Si la expulsión no aparece razonablemente viable, o si el resultado perseguido puede alcanzarse por medios menos gravosos, la privación de libertad pierde justificación.

2. El internamiento como medida cautelar privativa de libertad de carácter no penitenciario

La peculiaridad más llamativa del internamiento reside en que, aun siendo una medida formalmente cautelar y vinculada a un procedimiento administrativo, comporta una verdadera privación de libertad; esta singularidad explica las dudas de constitucionalidad que la institución ha suscitado desde su origen, pues permite suspender un derecho tan básico como la libertad ambulatoria para asegurar la ejecución de una decisión administrativa, normalmente una expulsión, que en la mayor parte de los casos responde no a la comisión de un delito, sino a una infracción administrativa o a una situación de irregularidad, es por ello que, el internamiento ha sido descrito como una figura de naturaleza extraña o anómala dentro del sistema general de garantías[16].

Ahora bien, la constitucionalidad de la medida se ha hecho descansar en una idea central: la privación de libertad no la impone directamente la Administración, sino que requiere una decisión judicial. La intervención del Juez de Instrucción no opera como una mera formalidad externa, sino como el elemento que permite trasladar la disponibilidad sobre la libertad personal desde la Administración al Poder Judicial[17].

El derecho al a defensa y la protección del ciudadano extranjero hacen que esta idea sea clave para considerar compatible la institución con las exigencias constitucionales, aunque también subraya que la garantía solo es real si el auto judicial está efectivamente motivado, si responde a una valoración individualizada de las circunstancias del caso y si permite al afectado ejercer sus derechos de defensa; de otro modo, la judicialización del internamiento correría el riesgo de convertirse en una exigencia puramente ritual[18].

Los CIE se conciben normativamente como centros específicos de internamiento que no forman parte del sistema penitenciario; donde el internamiento no se cumple ni en calabozos policiales ni en centros penitenciarios, sino en establecimientos específicos creados para la custodia preventiva y cautelar de extranjeros[19]. Esa calificación no penitenciaria pretende subrayar que no estamos ante cumplimiento de pena

[15] BAYÓN-TORRES, L. Z. (2021). Los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España: función, perfiles de la población internada y posibilidades de asistencia social en su interior. Campos en Ciencias Sociales, 9.

[16] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009). Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 62*(*1), 253-281.

[17] BOZA MARTÍNEZ, D. (2016). *La norma penal al servicio de la política migratoria: La expulsión de condenados por sentencia penal: El nuevo artículo 89 CP*. Thomson Reuters Aranzadi.

[18] ROSELL AGUILAR, M. V. (2015). El juez de instrucción y la autorización del internamiento en CIE. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 205-ss.).

[19] SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013). Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (5), 75-94.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ni ante una forma de sanción criminal encubierta, sino ante una medida de aseguramiento sometida a una finalidad concreta y a límites materiales específicos[20].

Sin embargo, también se advierte con insistencia que la proclamación legal del carácter no penitenciario no resuelve por sí sola los problemas reales de la institución; precisamente porque la medida se ejecuta en un contexto de encierro, bajo custodia estatal y en centros gestionados en gran parte desde una lógica policial, su materialización puede aproximarse de hecho a formas de privación de libertad muy intensas[21].

De ahí que parte de la doctrina haya subrayado la distancia existente entre la definición legal del CIE como centro no penitenciario y determinadas realidades prácticas en las que el internamiento se desarrolla en condiciones que comprometen esa misma nota de no penitenciariedad[22]. En términos dogmáticos, ello obliga a recordar que la ausencia de carácter penitenciario no reduce las exigencias de garantía, sino que, por el contrario, las intensifica: la medida solo resulta admisible si su ejecución permanece estrictamente conectada con su finalidad cautelar y si no deriva hacia un régimen materialmente punitivo o aflictivo[23].

El internamiento debe reputarse excepcional ya que la medida ha de interpretarse conforme al criterio del favor libertatis, de modo que la libertad debe preservarse salvo que resulte indispensable la pérdida de libertad por razones de cautela o prevención[24]. Por eso mismo, el control judicial de la procedencia del internamiento no puede ser superficial, sino que debe examinar si concurren realmente sus presupuestos, si existen elementos que hagan viable la ejecución de la expulsión y si la restricción de libertad resulta proporcionada en atención a las circunstancias personales del afectado[25].

3. Diferencias entre internamiento en CIE, detención policial y prisión provisional

Aunque internamiento en CIE, detención policial y prisión provisional comparten la nota común de restringir o privar de libertad a la persona, responden a fundamentos y finalidades claramente distintos[26]. La detención policial es una medida provisionalísima, caracterizada por su brevedad y por su conexión inmediata con una

[20] TOMÉ GARCÍA, J. A. (2015). La autorización del internamiento: Principios rectores. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 165-ss.).
[21] BAYÓN-TORRES, L. Z. (2021). Los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España: función, perfiles de la población internada y posibilidades de asistencia social en su interior. Campos en Ciencias Sociales, 9.
[22] ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M., CANTERO GARCÍA, M., & POZUELO MONTERO, C. (2022). La promoción del bienestar emocional y la resiliencia en centros de internamiento de extranjeros (CIE). Investigando la salud a lo largo del ciclo vital: nuevos retos y actualizaciones, 207-213.
[23] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2016). Centros de internamiento para extranjeros: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-23, 1-38.
[24] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014). Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: Una nueva oportunidad perdida. *Diario La Ley*, (8418).
[25] FERNÁNDEZ OLALLA, P. (2015). El fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 235-ss.).
[26] RÍOS MARTÍN, J., SANTOS ITOIZ, E., & ALMEIDA HERRERO, C. (2014). Manual para la defensa de los derechos de las personas extranjeras encerradas en los centros de internamiento.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

actuación de aseguramiento o investigación. En materia de extranjería, es necesario recordar que la detención policial puede preceder al internamiento, especialmente cuando la salida del territorio no puede ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas; precisamente en ese caso se abre la posibilidad de solicitar al juez la medida de internamiento[27]. Existe, por tanto, una relación cronológica posible entre ambas figuras, pero no identidad conceptual entre ellas: la detención es un aseguramiento inicial y urgente, mientras que el internamiento es una medida judicial ulterior y más estable, encaminada a garantizar la eficacia de la decisión administrativa de salida[28]. Tampoco puede confundirse el internamiento con la prisión provisional; ya que esta última pertenece plenamente al proceso penal y se acuerda en el marco de una causa por hechos delictivos, con finalidades propias del enjuiciamiento criminal[29]. El internamiento en CIE, en cambio, no se funda en la imputación de un delito ni se orienta a asegurar la celebración de un juicio penal o la eficacia de una eventual condena, sino a garantizar la ejecución de una decisión administrativa en materia de extranjería[30].

Desde este prisma hay que recalcar que el internamiento en CIE presenta una estructura mixta: la iniciativa parte de la Administración, que solicita la medida, pero la decisión corresponde al Juez de Instrucción[31]. Esta arquitectura jurídica es decisiva, porque revela que el internamiento no es una mera prolongación de la actuación administrativa ni una simple modalidad de detención policial, sino una privación de libertad judicialmente autorizada en apoyo de un procedimiento administrativo[32].

III. LA DECISIÓN DE INTERNAMIENTO POR EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DE GUARDIA

La decisión de internamiento del extranjero en un CIE constituye uno de los momentos de mayor intensidad garantista dentro del sistema de extranjería, porque en él se produce la convergencia entre la potestad administrativa de ejecutar la expulsión, devolución o retorno y la exigencia constitucional de que toda privación de libertad quede sometida a control judicial efectivo[33]. Precisamente por ello, la intervención del

27 JOEL, R., & DURÁN, C. (2026). Prisión preventiva: inconstitucionalidad del peligro de obstaculización o entorpecimiento Remand Detention: Unconstitutionality of the Danger of Obstruction or Hindrance. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 27(54).

28 LARRAÍN, H., WALKER, A., AVENDAÑO, V., ZEBALLOS, P., STUVEN, A. M., & ARÉVALO, A. (2025). Crisis carcelaria y de seguridad: Propuestas para una política penitenciaria integral. Ediciones UC.

29 CUBELLS SERRA, J., CANTERA ESPINOSA, L. M., JORQUERA ROSSEL, J., & HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (2023). Experiencias de las mujeres extranjeras en los centros penitenciarios catalanes: aproximación desde la perspectiva interseccional. Repositori del Departament de Justícia.

30 FRADEJAS-GARCÍA, I., & LOFTSDÓTTIR, K. (2023). Regímenes de in/movilidad y crisis migratoria en la ruta canaria. Perifèria: revista de recerca i formació en antropologia, 28(2), 146-176.

31 RUEDA CASTRO-GIL, C. (2025). Condiciones de vida en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) y Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).

32 BALLESTEROS PENA, A. (2022). Comentario a Cristina Fernández Bessa Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales. Delito y sociedad, 31(53), 54-57.

33 ZANÓN, L. (2023). Los CIE: instrumentos de sufrimiento inútil. Cristianisme i Justícia, 232.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Juzgado de Instrucción en funciones de guardia no puede ser comprendida como una mera cobertura formal del expediente administrativo, sino como una función jurisdiccional propia, dirigida a verificar si concurren los presupuestos legales de la medida, si la restricción de libertad resulta necesaria y proporcionada y si el afectado ha podido ejercer realmente sus derechos de defensa[34]. La constitucionalidad misma del internamiento descansa en esa judicialización de la decisión, de modo que, si la intervención del juez se vaciara de contenido material, la garantía quedaría reducida a un simple trámite ritual[35].

1. Marco normativo aplicable y competencia judicial

El marco normativo que disciplina esta materia se articula, ante todo, sobre la Ley Orgánica 4/2000, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. En el plano competencial, los Juzgados de Instrucción tienen atribuida legalmente la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como el control de la estancia de estos en los CIE y en las salas de inadmisión de fronteras[36]. Desde la perspectiva estrictamente funcional, ello significa que la pérdida de libertad del extranjero no puede imponerse por la sola Administración, sino que exige una resolución judicial específica[37].

La especialidad del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia se comprende mejor si se atiende a la lógica de urgencia que atraviesa buena parte de las actuaciones en materia de extranjería. Desde este prisma el servicio de guardia asume, por sustitución, la respuesta judicial inmediata en aquellos supuestos urgentes e inaplazables que no admiten demora a días y horas hábiles, singularmente cuando se solicitan medidas cautelares relacionadas con expulsión, devolución o retorno. En esa función sustitutiva, el juez de guardia no resuelve el fondo de la legalidad administrativa de la expulsión, pero sí adopta las decisiones urgentes dirigidas a asegurar la eficacia de la actuación administrativa y, al mismo tiempo, a preservar la tutela judicial efectiva y la defensa de los derechos fundamentales del afectado[38]. A ello debe añadirse una precisión competencial especialmente relevante; una cosa es el juez competente para autorizar o dejar sin efecto el internamiento, y otra el juez competente para controlar la estancia del internado en el centro. Esta distinción,

[34] NDONGALA, N., GUTIÉRREZ, P.M., DE LA VÁLGOMA, M., PEREDA, I. Y ECHEVARRÍA, C. (2018). Subsaharianos en el CIE de Aluche: encerrados tras un muro de vergüenzas. Informe Karibu 2018.

[35] MARCU, S. (2013). Entre migración y movilidad: prácticas de movilidad transfronteriza de los europeos del este hacia España. Revista de Estudios Europeos, (62), 33-54.

[36] GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2024). El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones. Real Instituto Elcano, 22-23.

[37] FRADEJAS-GARCÍA, I., & LOFTSDÓTTIR, K. (2023). Regímenes de in/movilidad y crisis migratoria en la ruta canaria. Perifèria: revista de recerca i formació en antropologia, 28(2), 146-176.

[38] BARBERO, I. (2021). Los Centros de Atención Temporal de Extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías. Derechos y libertades: Revista de Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos, (45), 267-302.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

consolidada tras la reforma de 2009[39], responde a la necesidad de especializar el control posterior de las condiciones de internamiento y de evitar que el órgano que acordó el ingreso quede desvinculado de la realidad material del centro cuando este se halla en otro partido judicial[40]. Así, la competencia para el auto inicial se vincula al lugar de la detención, mientras que el control de la estancia queda asociado al lugar donde radica el CIE; donde esta dualidad no elimina, sin embargo, la potestad del juez que autorizó el ingreso para disponer sobre la libertad del internado mientras la medida permanezca vigente[41].

Desde un punto de vista sistemático, esta distribución de funciones revela que el juez penal no enjuicia aquí la legalidad sustantiva de la expulsión, que sigue residenciada en el ámbito administrativo y, en su caso, contencioso-administrativo[42]. Pero ello no significa que su intervención sea secundaria o mecánica; al contrario, el Juzgado de Instrucción, y especialmente el que actúa de guardia en supuestos de urgencia, debe verificar el presupuesto legal del internamiento, la suficiencia de la base fáctica y la proporcionalidad de la privación de libertad[43]. La jurisdicción contencioso-administrativa podrá revisar o suspender la expulsión; pero la decisión sobre el sacrificio inmediato de la libertad personal corresponde al juez de instrucción, y precisamente por ello su función resulta central en la arquitectura garantista del sistema[44].

2. Presupuestos materiales para acordar el internamiento

La medida de internamiento no procede de forma automática por la mera incoación de un expediente de extranjería; desde este sentido el internamiento solo puede acordarse en aquellos supuestos legalmente tasados y cuando, además, resulte materialmente justificado por razones cautelares[45]. El órgano instructor del expediente puede solicitarlo en determinados expedientes de expulsión vinculados a concretas infracciones graves o muy graves, así como en supuestos de expulsión por la comisión de determinados delitos o de

[39] La especialización funcional entre el juez que acuerda el internamiento y el juez que controla la estancia del extranjero en el CIE se consolidó con la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 sobre el artículo 62.6 LOEx. Desde entonces, la norma distingue entre, de un lado, el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención, competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento, y, de otro, el Juez de Instrucción del lugar donde se ubique el centro, a quien corresponde el control de la estancia y el conocimiento de las peticiones y quejas relativas a derechos fundamentales. La finalidad de esta diferenciación radica en aproximar el control judicial a la realidad material del internamiento y evitar que tal función recaiga en un órgano territorialmente alejado del centro.

[40] PÉREZ HERMOSILLA, J. F. (2024). Análisis acerca de la falta de garantía de los derechos constitucionales en el entorno jurídico de los centros de internamiento de extranjeros (CIE) [Trabajo fin de máster, Universidad de Cádiz].

[41] FERNÁNDEZ OLALLA, P. (2015). El fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 235-ss.).

[42] BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2011) Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal, Comares, Granada.

[43] CANCIO MELIÁ, M. (2005) La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP), VV.AA., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid.

[44] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014). Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: Una nueva oportunidad perdida. *Diario La Ley*, (8418).

[45] MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., & SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013). Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante "sin papeles": Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales. En Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos (pp. 1025-ss.). Tirant lo Blanch.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

devolución y retorno cuando la salida no puede ejecutarse en el breve plazo de la detención policial[46]. No obstante, la concurrencia de uno de esos supuestos legales constituye solo el punto de partida; no basta por sí sola para legitimar la privación de libertad.

La estructura de la decisión judicial responde claramente a la lógica de las medidas cautelares; de un lado, debe existir una base suficiente que permita apreciar la apariencia de buen derecho, esto es, una razonable cobertura legal del expediente y de la medida de salida proyectada; de otro, ha de apreciarse un auténtico riesgo cautelar, vinculado a la posibilidad de que la expulsión, devolución o retorno queden frustrados si el extranjero no es privado de libertad[47]. Por ello, resulta relevante exponer que el internamiento solo se justifica cuando exista riesgo real de incomparecencia o de frustración de la medida y cuando no haya otras alternativas menos gravosas igualmente aptas para asegurar el fin perseguido. En el plano legal, la valoración judicial debe atender especialmente al riesgo de incomparecencia por carecer el extranjero de domicilio conocido o de documentación identificativa, a las actuaciones dirigidas a dificultar o evitar la expulsión, así como a la existencia de condenas, sanciones administrativas previas u otros procedimientos penales o administrativos sancionadores pendientes[48]. También debe ponderarse, en caso de enfermedad grave, el riesgo que el internamiento pueda comportar para la salud pública o para la salud del propio extranjero[49]. Esta enumeración legal no puede interpretarse como una cláusula de automatismo, sino como un catálogo de elementos de juicio a ponderar caso por caso, en coherencia con el principio de proporcionalidad.

3. Audiencia del extranjero, asistencia letrada e intérprete

La audiencia previa del extranjero constituye una exigencia central del procedimiento de internamiento; en este sentido el juez debe oír al interesado y al Ministerio Fiscal antes de resolver, porque solo así la judicialización de la medida se traduce en una garantía real y no en una simple formalidad[50].

Esa audiencia permite al extranjero exponer circunstancias personales relevantes como son el arraigo, vínculos familiares, estado de salud, solicitud de protección internacional o inexistencia de riesgo de fuga y

[46] RELAÑO PASTOR, E. (2015). Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras* (pp. 81-ss.).

[47] CARBAJAL GARCÍA, P (2012) "El concepto jurídico de arraigo en la Doctrina Judicial", Revista de Derecho migratorio y Extranjería

[48] GONZÁLEZ CASTRO, J. C. (2020). Análisis de las circunstancias jurídico-penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros [Trabajo fin de grado].

[49] GIRÓN-REGUERA, E. (2023). El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados. Saber, Ciencia y Libertad, 18(2), 21-47.

[50] GONZÁLEZ CASTRO, J. C. (2020). Análisis de las circunstancias jurídico-penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros [Trabajo fin de grado].

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

presentar los elementos de defensa que puedan oponerse al internamiento[51]. En ese sentido, la intervención judicial cumple también la función de evitar que la detención adquiera un carácter arbitrario. La efectividad de esa audiencia depende, sin embargo, de que vaya acompañada de una verdadera asistencia letrada.

El derecho a la defensa jurídica no se limita a la mera presencia del abogado en el acto judicial sin entrevista previa suficiente con su cliente, sin tiempo para preparar alegaciones y, en ocasiones, sin posibilidad real de seguimiento posterior cuando el extranjero es internado en un centro alejado del lugar de la detención. Esa crítica es relevante porque afecta al núcleo del derecho de defensa: si el afectado no puede comunicar adecuadamente con su abogado ni comprender la trascendencia de la decisión, la audiencia pierde buena parte de su utilidad garantista[52].

A ello se suma el derecho del extranjero a servirse de intérprete cuando no conozca el idioma oficial en que se desarrollan las actuaciones. Este derecho viene expresamente promulgado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal[53], la cual reconoce ese derecho en diversos preceptos, lo que resulta especialmente importante en materia de extranjería, donde una parte muy significativa de las personas afectadas desconocen el idioma y se encuentran en una situación de extraordinaria vulnerabilidad. La asistencia de intérprete no puede considerarse un complemento accesorio, sino un presupuesto imprescindible para que la audiencia, la defensa y la contradicción sean reales.

4. La motivación judicial del auto de internamiento

La motivación del auto constituye la principal exteriorización del control judicial sobre la medida; en este sentido el internamiento no puede acordarse mediante fórmulas estereotipadas ni por simple remisión a la petición administrativa. La motivación debe exponer, de forma individualizada, las razones concretas por las que en ese caso específico la privación de libertad resulta necesaria, proporcional y jurídicamente procedente; solo así la resolución judicial puede ser sometida a contradicción y control por el propio afectado[54]. La

[51] BRANDARIZ GARCÍA, J.A. Y FERNÁNDEZ BESSA, C. (2010), La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español. Criminalización racista de los migrantes en Europa, Comares, Granada.

[52] GIRÓN-REGUERA, E. (2023). El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados. Saber, Ciencia y Libertad, 18(2), 21-47.

[53] El derecho del extranjero a ser asistido por intérprete encuentra amparo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con carácter general, el artículo 123 reconoce a los investigados o acusados que no hablen o no entiendan el castellano, o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación, el derecho a ser asistidos por intérprete durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluidas las policiales, las del Ministerio Fiscal y las vistas judiciales, así como en sus conversaciones con el abogado cuando ello resulte necesario para el ejercicio de la defensa. De modo específico, en caso de detención, el artículo 520.2.h) LECrim reconoce el derecho del detenido extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación a ser asistido gratuitamente por un intérprete, añadiendo el propio artículo 520.2 que la información sobre sus derechos debe facilitarse de inmediato, por escrito, en una lengua que comprenda, o, en su defecto, por medio de intérprete tan pronto como resulte posible.

[54] CUADRÓN AMBITE, S. (2021). Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental? Revista Española de Derecho Internacional, 73(2), 381-388.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

constitucionalidad del internamiento depende de que la medida quede sometida a un verdadero régimen de control judicial y de que sea el Juez de Instrucción competente quien disponga el ingreso mediante auto motivado[55].

La ausencia de motivación no se concibe como un simple defecto formal, sino como una lesión de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva, porque impide conocer las razones que justifican una medida excepcional de privación de libertad[56].

Desde esta perspectiva, la exigencia de motivación implica algo más que repetir los factores legales del artículo 62 LOEx. El juez debe valorar de manera concreta si existe riesgo de incomparecencia, si la expulsión es efectivamente viable, si concurren circunstancias personales que desaconsejan el internamiento y si existen alternativas menos gravosas[57]. La práctica de autos colectivos o estandarizados vacían de contenido la garantía judicial y convierten la decisión en una suerte de homologación seriada de peticiones administrativas; considerándose esta práctica como incompatible con la esencia misma del derecho de defensa[58].

La motivación cumple, por tanto, una doble función; por un lado, asegura que el juez ha ejercido realmente su potestad jurisdiccional y no se ha limitado a convalidar la solicitud administrativa y por otro, permite al extranjero conocer las razones de la medida y discutirlas, lo que enlaza directamente con el principio contradictorio y con el derecho a un proceso con todas las garantías[59]. En materia de internamiento, motivar no es simplemente explicar; es justificar de forma constitucionalmente suficiente por qué la libertad personal debe ceder en ese caso concreto[60].

5. Duración de la medida y límite máximo de sesenta días

La duración del internamiento se rige por un criterio rector inequívoco: la medida solo puede mantenerse durante el tiempo imprescindible para los fines del expediente. En este sentido el legislador ha querido subrayar así el carácter estrictamente cautelar y provisional del internamiento, desvinculándolo de cualquier

55 CARBAJAL GARCÍA, P (2012) "El concepto jurídico de arraigo en la Doctrina Judicial", Revista de Derecho migratorio y Extranjería.
56 PÉREZ HERMOSILLA, J. F. (2024). Análisis acerca de la falta de garantía de los derechos constitucionales en el entorno jurídico de los centros de internamiento de extranjeros (CIE) [Trabajo fin de máster, Universidad de Cádiz].
57 BARBERO, I. (2021). Los Centros de Atención Temporal de Extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías. Derechos y libertades: Revista de Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos, (45), 267-302.
58 TOMÉ GARCÍA, J. A. (2015). La autorización del internamiento: Principios rectores. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 165-ss.).
59 SAINZ DE LA MAZA, E. (2015). Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].
60 PUEBLOS UNIDOS, & SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. (2013). Criminalizados, internados y expulsados: Informe 2013.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

lógica punitiva[61]. En coherencia con ello, la ley fija un límite máximo de sesenta días, de modo que, transcurrido ese plazo, el extranjero debe ser puesto en libertad, aunque la expulsión no haya podido ejecutarse, debiendo cesarse antes de los sesenta días cuando desaparezcan las condiciones que la justificaron[62]. Así, si deja de existir riesgo de fuga, si la expulsión resulta inviable, si sobreviene una suspensión de la ejecución administrativa o si se aprecia cualquier circunstancia incompatible con el mantenimiento de la medida, la autoridad administrativa encargada del centro debe poner al extranjero en libertad e informar de ello al juez, sin perjuicio de que el propio órgano judicial pueda acordar de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal el cese inmediato del internamiento[63]. Igualmente, no cabe acordar un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas dentro de un mismo expediente[64].

IV. TUTELA JUDICIAL DE LA ESTANCIA DEL EXTRANJERO INTERNADO EN CIE

El internamiento en un CIE no supone la suspensión del estatuto jurídico de la persona extranjera, sino únicamente la restricción de su libertad ambulatoria en los términos estrictamente necesarios para la finalidad preventiva y cautelar de la medida[65]. De ahí que, aun existiendo durante la estancia derechos de contenido asistencial o material, entre ellos los relativos a la asistencia sanitaria, social o a la protección de situaciones de vulnerabilidad, el verdadero eje de garantía del sistema se proyecta sobre la dimensión jurídica del internamiento: la posibilidad de conocer la situación jurídica propia, reaccionar frente a incidencias producidas durante la estancia, formular peticiones y quejas, acceder a la autoridad judicial y obtener una tutela efectiva frente a restricciones indebidas o vulneraciones de derechos fundamentales[66].

1. Peticiones y quejas formuladas durante el internamiento

Uno de los cauces jurídicos básicos de protección durante la estancia es la posibilidad de formular peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a la situación de internamiento. La legislación de extranjería reconoce expresamente este derecho, y el Reglamento lo desarrolla previendo que el interno pueda ejercitarlo

[61] ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M., CANTERO GARCÍA, M., & POZUELO MONTERO, C. (2022). La promoción del bienestar emocional y la resiliencia en centros de internamiento de extranjeros (CIE). Investigando la salud a lo largo del ciclo vital: nuevos retos y actualizaciones, 207-213.

[62] LARRAURI PIJOAN, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas migrantes. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (2).

[63] RÍOS MARTÍN, J., SANTOS ITOIZ, E., & ALMEIDA HERRERO, C. (2014). Manual para la defensa de los derechos de las personas extranjeras encerradas en los centros de internamiento.

[64] BALLESTEROS PENA, A. (2022). Comentario a Cristina Fernández Bessa Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales. Delito y sociedad, 31(53), 54-57.

[65] MONCLÚS MASÓ, M. (2008). La gestión penal de la inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Editores del Puerto.

[66] GARCÍA ESPAÑA, E. (2016). La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

verbalmente o por escrito, así como que todos los centros dispongan de un libro-registro específico[67]. La función de estos instrumentos no es menor, pues permiten exteriorizar incidencias relativas a las condiciones de estancia, restricciones concretas, limitaciones en la comunicación, deficiencias en la información suministrada o cualquier otra actuación que afecte a la esfera jurídica del internado[68].

Además, la entrega inicial de información sobre los medios para formular peticiones y quejas se concibe como una exigencia instrumental imprescindible para que el interno sepa cómo dirigirse al juez competente cuando considere vulnerados sus derechos; ya que su verdadero sentido jurídico reside en que actúan como presupuesto o vehículo de acceso a la autoridad judicial cuando la incidencia denunciada compromete derechos fundamentales o afecta al núcleo del estatuto jurídico del internado[69].

2. Tutela judicial en la ejecución de la medida

La autorización inicial del internamiento no agota la exigencia de tutela judicial; muy al contrario, la estancia en el CIE puede dar lugar a múltiples incidencias con relevancia jurídica que requieren una respuesta jurisdiccional propia: restricciones no amparadas por la resolución judicial de ingreso, limitaciones indebidas de derechos, deficiencias estructurales que incidan sobre el estatuto jurídico del interno, o incluso actuaciones administrativas de ejecución de la expulsión susceptibles de afectar al derecho de defensa o a la tutela judicial efectiva[70]. Desde esta perspectiva hay que insistir en que la celeridad con la que en ocasiones se materializa la expulsión puede desembocar en situaciones de indefensión, singularmente cuando la notificación se practica sin antelación suficiente para que el interno recoja sus pertenencias, avise a familiares o active mecanismos de defensa, o cuando la expulsión se ejecuta antes de que puedan practicarse diligencias relevantes en procedimientos penales o de protección de derechos fundamentales[71].

Desde esta óptica, la tutela judicial durante la estancia no puede concebirse como una garantía eventual o residual, sino como una proyección continua del artículo 24 CE sobre toda la fase de ejecución del internamiento; donde esta inmediatez en la ejecución de determinadas expulsiones puede comprometer el uso de los medios de defensa y la propia efectividad de la jurisdicción, especialmente cuando el extranjero pretende denunciar malos tratos, continuar un procedimiento ya iniciado o simplemente reaccionar frente a

[67] FERNÁNDEZ OLALLA, P. (2015). El fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 235-ss.).

[68] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014). Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: Una nueva oportunidad perdida. Diario La Ley, *(8418).*

[69] RUIZ GARCÍA-CASARRUBIOS, M. (2025). Sobre la protección de las personas migrantes vulnerables y el control judicial de su internamiento: Comentario del caso *A.D. c. Malta* (STEDH, 17 de octubre de 2023). Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, (49), 317-326.

[70] RAMOS FERRERA, N. (2021). Derechos de los extranjeros irregulares: De los CIES a los CATES, pasando por los CETIS [Trabajo fin de grado, Universidad de La Laguna].

[71] JIMÉNEZ QUIROGA, H. L. (2025). Garantías normativas del ejercicio del derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento de extranjeros [Trabajo fin de grado, Universidad de Valladolid].

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

una decisión administrativa cuya ejecución inmediata le priva materialmente de acceso a los tribunales; ya que en estos supuestos, la tutela judicial efectiva no se agota en la existencia abstracta de recursos, sino que exige una organización del sistema que permita ejercerlos en tiempo útil y sin que la expulsión frustre de hecho su finalidad[72].

El núcleo del sistema garantista durante la estancia se encuentra en la figura del juez competente para el control de la estancia, a quien le corresponde conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales, así como visitar el centro cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente[73].

V. CONCLUSIONES

El análisis realizado a lo largo de este trabajo permite afirmar que el internamiento en centros de internamiento de extranjeros constituye una de las instituciones más delicadas del ordenamiento jurídico español, precisamente porque hace converger la potestad administrativa de controlar los flujos migratorios con la exigencia constitucional de preservar la libertad personal y la tutela judicial efectiva. Nos encontramos ante una medida que, aunque formalmente no posee naturaleza penitenciaria ni sancionadora en sentido estricto, produce una restricción de libertad de enorme intensidad, lo que obliga a interpretarla de manera especialmente restrictiva y conforme a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, la principal conclusión que cabe extraer es que la legitimidad del internamiento no deriva únicamente de su previsión legal en la Ley Orgánica 4/2000, sino, sobre todo, del modo en que dicha medida es controlada judicialmente. El internamiento en CIE solo puede considerarse constitucionalmente admisible en la medida en que no opere de forma automática ni mecánica, sino como una auténtica medida cautelar sometida a una valoración individualizada de las circunstancias concurrentes. Ello significa que la mera existencia de un expediente administrativo de expulsión, devolución o retorno no basta por sí sola para justificar la privación de libertad, siendo imprescindible que el órgano judicial aprecie, con motivación suficiente, la concurrencia de un riesgo real de incomparecencia o de frustración de la medida administrativa y la inexistencia de alternativas menos gravosas.

En este sentido, el papel del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia adquiere una relevancia capital. Su intervención no puede ser entendida como una simple formalidad de cobertura de la actuación administrativa, sino como una verdadera función de garantía frente a una decisión que afecta directamente al

[72] RUIZ GARCÍA-CASARRUBIOS, M. (2025). Sobre la protección de las personas migrantes vulnerables y el control judicial de su internamiento: Comentario del caso *A.D. c. Malta* (STEDH, 17 de octubre de 2023). Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, (49), 317-326.

[73] JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D., DE LUCAS MARTÍN, J. (2012), "Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica" Revista CIDOB d´afers internacionals, núm. 99, 2012.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

derecho fundamental a la libertad. El juez de guardia no entra a resolver sobre el fondo de la legalidad de la expulsión, que corresponde al ámbito administrativo y, en su caso, al control contencioso-administrativo, pero sí debe verificar si la privación de libertad que se interesa resulta legalmente procedente, materialmente necesaria y constitucionalmente proporcionada. En consecuencia, la decisión judicial de internamiento debe descansar en una ponderación propia, real y efectiva, y no en una mera ratificación de la solicitud policial o administrativa.

Otra conclusión esencial del trabajo es que las garantías procesales que rodean la adopción de la medida no son accesorios formales, sino presupuestos indispensables de su validez constitucional. La audiencia previa del extranjero, la intervención del Ministerio Fiscal, la asistencia letrada efectiva y la presencia de intérprete cuando sea necesario constituyen elementos nucleares para que el afectado pueda comprender la trascendencia de la decisión, exponer sus circunstancias personales y oponerse, en su caso, a la solicitud de internamiento. La ausencia o debilitamiento de estas garantías desnaturaliza la función jurisdiccional y convierte la intervención judicial en un trámite vacío, incompatible con la intensidad de la injerencia que la medida representa sobre la libertad personal.

Especial relevancia adquiere, asimismo, la exigencia de motivación del auto de internamiento. El trabajo pone de manifiesto que la motivación judicial es la principal garantía externa de que el juez ha ejercido de verdad el control que la Constitución y la ley le encomiendan. No basta con reproducir de forma genérica las causas legales previstas en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000 ni con aludir de manera estandarizada al riesgo de fuga o a la inexistencia de arraigo. La resolución ha de explicar, de forma concreta e individualizada, por qué en ese caso la medida resulta necesaria, por qué la expulsión aparece como viable y por qué no existen otras respuestas menos restrictivas de la libertad. Sin esa motivación suficiente, el internamiento deja de presentarse como una medida cautelar excepcional y se aproxima peligrosamente a una respuesta automatizada frente a la mera irregularidad administrativa.

Del mismo modo, del estudio efectuado se desprende que la garantía judicial no se agota en el momento inicial de la autorización del internamiento. La estancia en el CIE debe seguir sometida a control jurisdiccional a través del juez competente para conocer de las peticiones y quejas de los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Esta proyección del control judicial sobre la fase de ejecución de la medida es particularmente importante, ya que evita que el internamiento se convierta en un espacio de opacidad o de disponibilidad material de la persona extranjera por parte de la Administración. La posibilidad de formular peticiones, quejas y reacciones jurídicas durante la estancia constituye, por tanto, un complemento imprescindible del auto inicial y una manifestación directa de la tutela judicial efectiva.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PENCO, T. (s. f.). Control fronterizo y derechos humanos. La sustitución de los procedimientos de extranjería por la coacción directa a raíz de la crisis migratoria [Artículo en PDF sin datos editoriales completos visibles en las páginas aportadas].

AMORÓS MORALES, B. (2023). Centros de Internamiento de Extranjeros en España: una nueva tipología.

ANSA EGUILETA, I. (2020). Los derechos de las personas extranjeras en los centros de internamiento [Trabajo fin de máster, Universidad de Oviedo].

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., (2014) "Centros de internamiento de extranjeros. Principales denuncias y novedades legislativas", Barataria: revista castellano-manchega de ciencias sociales, núm. 17.

BALLESTEROS PENA, A. (2022). Comentario a Cristina Fernández Bessa Los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Una introducción desde las Ciencias Penales. Delito y sociedad, 31(53).

BARBERO, I. (2021). Los Centros de Atención Temporal de Extranjeros como nuevo modelo de control migratorio: situación actual, (des)regulación jurídica y mecanismos de control de derechos y garantías. Derechos y libertades: Revista de Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos, (45).

BAYÓN-TORRES, L. Z. (2021). Los centros de internamiento de extranjeros (CIE) en España: función, perfiles de la población internada y posibilidades de asistencia social en su interior. Campos en Ciencias Sociales, 9.

BENITO LÓPEZ, R., (2010) "Centros de internamiento de extranjeros, privación de libertad sin garantías", Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad, núm. 137-138.

BOZA MARTÍNEZ, D. (2016), La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP, Edición Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

BOZA MARTÍNEZ, D. (2016). La norma penal al servicio de la política migratoria: La expulsión de condenados por sentencia penal: El nuevo artículo 89 CP. Thomson Reuters Aranzadi.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2011) Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal, Comares, Granada.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. Y FERNÁNDEZ BESSA, C. (2010), La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español. Criminalización racista de los migrantes en Europa, Comares, Granada.

CANCIO MELIÁ, M. (2005) La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP), VV.AA., Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid.

CARBAJAL GARCÍA, P (2012) "El concepto jurídico de arraigo en la Doctrina Judicial", Revista de Derecho migratorio y Extranjería.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

CUADRÓN AMBITE, S. (2021). Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental? Revista Española de Derecho Internacional, 73(2).

CUBELLS SERRA, J., CANTERA ESPINOSA, L. M., JORQUERA ROSSEL, J., & HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, N. (2023). Experiencias de las mujeres extranjeras en los centros penitenciarios catalanes: aproximación desde la perspectiva interseccional. Repositori del Departament de Justícia.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2014). Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: Una nueva oportunidad perdida. Diario La Ley, (8418).

FERNÁNDEZ OLALLA, P. (2015). El fiscal ante la solicitud de internamiento y el art. 57.7 LOEx. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras (pp. 235-ss.). Repositorio E-Prints Complutense.

FRADEJAS-GARCÍA, I., & LOFTSDÓTTIR, K. (2023). Regímenes de in/movilidad y crisis migratoria en la ruta canaria. Perifèria: revista de recerca i formació en antropologia, 28(2).

GARCÍA ESPAÑA, E. (2016). La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el código penal de 2015: ¿De la discriminación a la reinserción? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18.

GIRÓN-REGUERA, E. (2023). El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados. Saber, Ciencia y Libertad, 18(2), 21-47.

GÓMEZ LUGO, Y. (2006). [Reseña del libro El internamiento de extranjeros, de P. Requejo Rodríguez]. Revista Española de Derecho Constitucional, (77).

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (s. f.). A vueltas con los CIE: El debate sobre su clausura. Instituto de Derecho Público.

GONZÁLEZ CASTRO, J. C. (2020). Análisis de las circunstancias jurídico-penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros [Trabajo fin de grado].

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2024). El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones. Real Instituto Elcano.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (s. f.). La expulsión de extranjeros en el Derecho internacional, europeo y español: El derecho de la persona frente a la soberanía de los Estados [Tesis doctoral, Universidad de Valladolid].

JARRÍN MORÁN, A., RODRÍGUEZ GARCÍA, D., DE LUCAS MARTÍN, J. (2012), "Los Centros de Internamiento para Extranjeros en España: una evaluación crítica" Revista CIDOB d´afers internacionals, núm. 99, 2012.

JIMÉNEZ QUIROGA, H. L. (2025). Garantías normativas del ejercicio del derecho de libertad religiosa en los centros de internamiento de extranjeros [Trabajo fin de grado, Universidad de Valladolid].

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

JOEL, R., & DURÁN, C. (2026). Prisión preventiva: inconstitucionalidad del peligro de obstaculización o entorpecimiento Remand Detention: Unconstitutionality of the Danger of Obstruction or Hindrance. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 27(54).

KARIBU. (2014). Subsaharianos en el CIE de Madrid: Informe 2014.

KARIBU. (2015). CIE: Intento fallido de expulsión. El internamiento en el CIE de Madrid y los vuelos de repatriación de las personas subsaharianas. Informe 2015.

LARRAÍN, H., WALKER, A., AVENDAÑO, V., ZEBALLOS, P., STUVEN, A. M., & ARÉVALO, A. (2025). Crisis carcelaria y de seguridad: Propuestas para una política penitenciaria integral. Ediciones UC.

LARRAURI PIJOAN, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas migrantes. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (2).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 10, de 12/01/2000. Entrada en vigor: 01/02/2000 Departamento: Jefatura del Estado.

MARCU, S. (2013). Entre migración y movilidad: prácticas de movilidad transfronteriza de los europeos del este hacia España. Revista de Estudios Europeos, (62).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2009). Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE: Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 62(1).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de instrucción. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2016). Centros de internamiento para extranjeros: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-23, 1-38.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (Dir.). (2013). Mujeres en el CIE: Género, inmigración e internamiento.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., & SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013). Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante "sin papeles": Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales. En Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos. Tirant lo Blanch.

MONCLÚS MASÓ, M. (2008). La gestión penal de la inmigración: El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Editores del Puerto.

NAVARRO MANICH, J. A. (2015). La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: La necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

conformidad con el principio de proporcionalidad. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

NDONGALA, N., GUTIÉRREZ, P.M., DE LA VÁLGOMA, M., PEREDA, I. Y ECHEVARRÍA, C. (2018). Subsaharianos en el CIE de Aluche: encerrados tras un muro de vergüenzas. Informe Karibu 2018.

OCHOA RODRÍGUEZ, J. E. (2021). Gestión de los centros de internamiento de extranjeros en España [Trabajo fin de grado, Universidad Miguel Hernández].

PÉREZ HERMOSILLA, J. F. (2024). Análisis acerca de la falta de garantía de los derechos constitucionales en el entorno jurídico de los centros de internamiento de extranjeros (CIE) [Trabajo fin de máster, Universidad de Cádiz].

PÉREZ HERMOSILLA, J. F. (2024). Análisis acerca de la falta de garantía de los derechos constitucionales en el entorno jurídico de los centros de internamiento de extranjeros (CIE) [Trabajo fin de máster, Universidad de Cádiz].

PUEBLOS UNIDOS, & SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. (2013). Criminalizados, internados y expulsados: Informe 2013.

RAMOS FERRERA, N. (2021). Derechos de los extranjeros irregulares: De los CIES a los CATES, pasando por los CETIS [Trabajo fin de grado, Universidad de La Laguna].

Real Decreto 316/2026, de 14 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 92, de 15 de abril de 2026, páginas 53342 a 53362 (21 págs.). Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes Referencia: BOE-A-2026-8284.

Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Rango de la norma. Reglamento Órgano emisor Consejo General del Poder Judicial (España) Número de orden 1/2005 Fecha de actualización jueves, 27 de septiembre de 2018. Año 2005.

RELAÑO PASTOR, E. (2015). Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

RÍOS MARTÍN, J., SANTOS ITOIZ, E., & ALMEIDA HERRERO, C. (2014). Manual para la defensa de los derechos de las personas extranjeras encerradas en los centros de internamiento.

ROSELL AGUILAR, M. V. (2015). El juez de instrucción y la autorización del internamiento en CIE. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

RUEDA CASTRO-GIL, C. (2025). Condiciones de vida en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) y Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

RUEDA CASTRO-GIL, C. (2025). Condiciones de vida en los centros de estancia temporal de inmigrantes (CETI) y centros de internamiento de extranjeros (CIE) [Trabajo fin de grado, Universidad Pontificia Comillas].

RUIZ GARCÍA-CASARRUBIOS, M. (2025). Sobre la protección de las personas migrantes vulnerables y el control judicial de su internamiento: Comentario del caso A.D. c. Malta (STEDH, 17 de octubre de 2023). Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, (49).

SAINZ DE LA MAZA, E. (2015). Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2013). Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares. Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, (5).

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2015). Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: Marco comunitario e internacional. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. (2014). CIE y expulsiones exprés: Informe anual 2014.

TOMÉ GARCÍA, J. A. (2014). El internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE. Colex.

TOMÉ GARCÍA, J. A. (2015). La autorización del internamiento: Principios rectores. En M. MARTÍNEZ ESCAMILLA (Coord.), Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras.

TORRES FERNÁNDEZ, E. (2012). La expulsión de extranjeros en Derecho penal. La Ley.

WOMEN'S LINK WORLDWIDE. (2009). Los derechos de las mujeres migrantes: Una realidad invisible.

ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M. (2023). Los CIE: instrumentos de sufrimiento inútil.

ZANÓN BAYÓN-TORRES, L. M., CANTERO GARCÍA, M., & POZUELO MONTERO, C. (2022). La promoción del bienestar emocional y la resiliencia en centros de internamiento de extranjeros (CIE). Investigando la salud a lo largo del ciclo vital: nuevos retos y actualizaciones,

ZANÓN, L. (2023). Los CIE: instrumentos de sufrimiento inútil. Cristianisme i Justícia, 232.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

LOS PLAZOS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL EN ESPAÑA: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 324 LECr TRAS LAS REFORMAS DE 2015 Y 2020

Carlos Portalo Prada

Abogado. Profesor asociado de Derecho Penal en la UIB. Profesor del Máster de Abogacía y Procura de la UIB- ICAIB

SUMARIO: *I. Introducción, Planteamiento del problema, hipótesis y metodología. II. Génesis y evolución político criminal de la limitación de la instrucción III. El régimen vigente del artículo 324 de la LECr. IV. El dies a quo en supuestos especiales. V. Naturaleza Jurídica de la sanción, Inutilizabilidad frente a nulidad constitucional. VI. Aplicabilidad del artículo 324 frente a los diversos procedimientos penales. VII. La jurisprudencia del Tribunal Supremo 2021-2026. VIII. Justicia restaurativa y plazos de instrucción. IX. Consecuencias prácticas para acusación y defensa. X. Propuestas de lege ferenda. XI. Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA

La instrucción penal española careció, durante más de un siglo, de un límite temporal legalmente establecido. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 articuló la fase de investigación judicial sin fijar plazos de conclusión imperativos, confiando la agilidad del proceso a la diligencia del juez instructor y a la fiscalización de las partes. El resultado histórico fue elocuente: macroinstrucciones que se prolongaban durante años, investigados que soportaban una condición procesal indefinida y, de forma paradójica, acusados que accedían al juicio oral con la atenuante de dilaciones indebidas ya consolidada a su favor, en virtud del artículo 21.6.ª del Código Penal[1].

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, introdujo por primera vez el artículo 324 LECr, fijando un plazo máximo de instrucción de seis meses, prorrogable bajo condiciones tasadas[2]. La respuesta forense fue inmediata y perturbadora: el plazo resultó insuficiente para investigaciones de mediana complejidad, y la exigencia de que únicamente el Ministerio Fiscal pudiera instar la prórroga generó nulidades que comprometieron seriamente la eficacia del *ius puniendi*. Cinco años después, la Ley 2/2020, de 27 de julio, corrigió los errores más notorios: amplió el plazo a doce meses, suprimió el requisito de declaración de complejidad, habilitó la prórroga de oficio o a instancia de cualquier parte y aclaró el régimen de las diligencias extemporáneas[3]. La hipótesis central de este trabajo es que el artículo 324 LECr no configura una caducidad de la acción penal ni una extinción automática de la responsabilidad criminal, sino una condición de validez temporal de las diligencias

[1] Artículo 21.6.ª CP: circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, introducida por LO 5/2010, de 22 de junio.

[2] Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

[3] Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 202, de 28 de julio de 2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

instructoras cuya infracción produce una inutilizabilidad procesal limitada, distinguible de la nulidad constitucional del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)[4]. Sin embargo, la regulación vigente presenta deficiencias estructurales que reclaman atención doctrinal y reforma legislativa.

Desde el punto de vista metodológico, el artículo emplea el método jurídico-dogmático, combinando el análisis exegético de las sucesivas redacciones del precepto con el estudio sistemático de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (2021-2026), de la doctrina del Tribunal Constitucional y de las Circulares de la Fiscalía General del Estado[5]. Las referencias jurisprudenciales han sido verificadas sobre las fuentes primarias.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LIMITACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

1. El contexto previo: la macroinstrucción y la atenuante de dilaciones indebidas

El sistema procesal penal español heredó del siglo XIX una concepción de la instrucción como actividad funcional indefinida en el tiempo. La ausencia de plazos imperativos generó el fenómeno de las «macroinstrucciones» - procedimientos que se prolongaban durante años sin mecanismo legal alguno de clausura forzosa -, fenómeno diagnosticado reiteradamente por la doctrina procesal[6].

La consecuencia más nociva de esta situación no era únicamente la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24.2 CE[7] y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[8], sino la paradoja de que el investigado, sometido a una condición procesal aflictiva por tiempo indefinido, consolidaba paulatinamente la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6.ª CP, de modo que el mal funcionamiento del sistema se traducía en una reducción de la pena a imponer en caso de condena[9].

La introducción del artículo 324 LECr en 2015 respondió precisamente a este diagnóstico. Su Exposición de Motivos señalaba que el legislador pretendía «evitar la eternización de la tramitación de los procedimientos penales» y garantizar el derecho del investigado - y también el de las víctimas - a obtener una resolución en plazo razonable[10].

---

[4] Artículo 11.1 LOPJ: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». La Sala Segunda distingue esta regla de la inutilizabilidad del art. 324 LECr.

[5] Fiscal General del Estado: Circular 1/2021, de 8 de abril, sobre el cómputo del plazo del art. 324 LECr tras la Ley 2/2020.

[6] Gimeno Sendra, V.: Derecho Procesal Penal, 2.ª ed., Civitas Madrid, 2015, pp. 340 y ss.

[7] Artículo 24.2 CE: «...todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...».

[8] TEDH: Pélissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), sentencia de 25 de marzo de 1999; Kudła c. Polonia (Gran Sala), sentencia de 26 de octubre de 2000; art. 6.1 CEDH sobre plazo razonable.

[9] STC 36/1984, de 14 de marzo; SSTC 217/1992, de 29 de octubre; STC 10/1997, de 14 de enero; sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como derecho fundamental autónomo del art. 24.2 CE.

[10] Ley 41/2015, de 5 de octubre. En su versión original, el art. 324 LECr fijaba el plazo ordinario de instrucción en seis meses.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

2. La reforma de 2015: primer intento y deficiencias congénitas

La Ley 41/2015 estableció un plazo ordinario de seis meses desde la incoación de la causa, prorrogable por otros dieciocho si la causa era declarada compleja y el Ministerio Fiscal así lo instaba. El diseño adolecía de tres deficiencias fundamentales: (i) el plazo de seis meses era insuficiente para cualquier investigación que excediese lo rutinario; (ii) la prórroga solo podía ser instada por el Fiscal, excluyendo a las demás partes y al propio juez instructor; y (iii) la exigencia de declaración de complejidad bloqueaba la prórroga en procedimientos que, sin ser técnicamente complejos, requerían más tiempo por razones organizativas o de asistencia judicial internacional[11].

La Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado trató de colmar algunas lagunas interpretativas, pero no pudo remediar los vicios de origen de una regulación que enseguida demostró ser excesivamente rígida[12].

3. La reforma de 2020: corrección estructural

La Ley 2/2020 amplió el plazo ordinario de seis a doce meses, suprimió la exigencia de declaración de complejidad, permitió que la prórroga fuera acordada de oficio por el juez o a instancia de cualquier parte procesal, y estableció expresamente la inutilizabilidad de las diligencias acordadas fuera de plazo, dotando de certeza a un régimen sancionador que la jurisprudencia anterior había construido pretorianamente. La Exposición de Motivos reconocía la tensión intrínseca del precepto: «si bien establecer un límite máximo a la duración de la instrucción puede conducir a la impunidad de la persecución de delitos complejos, no es menos cierto que establecer ciertos límites supone una garantía para los derechos de los justiciables»[13].

III. EL RÉGIMEN VIGENTE DEL ARTÍCULO 324 LECr

1. El plazo ordinario de doce meses y el *dies a quo*

El artículo 324.1 LECr establece que «la investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa». El *dies a quo* ha generado amplia litigiosidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado con rotundidad que el cómputo se inicia desde la fecha del auto de incoación de las diligencias previas o del sumario, y no desde el momento en que los órganos de investigación extraprocesal -Policía Judicial o Ministerio Fiscal - tuvieron conocimiento de los hechos[14].

La STS 317/2025[15] declaró que la ampliación del objeto de investigación por acumulación de otras causas no puede comportar restricción del tiempo de indagación de los nuevos hechos, fijando como *dies a quo* la fecha

[11] Vid. nota 10 supra. Vid. también Circular 5/2015 FGE, que trató de colmar las principales lagunas hermenéuticas.
[12] Fiscal General del Estado: Circular 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción.
[13] Vid. nota 4 supra.
[14] STS 455/2021, de 27 de mayo, Rec. 3034/2019, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[15] STS 317/2025, de 3 de abril, Rec. 5536/2022, Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

del auto de incoación del procedimiento que investiga esos hechos novedosos. De lo contrario, el Estado quedaría privado del mínimo plazo de investigación legalmente previsto respecto de hechos incorporados a una causa más antigua por razones de conexidad.

La STS 974/2024 del Pleno de la Sala Segunda[16] estableció que los plazos quedan interrumpidos - no reiniciados - cuando se acuerda el secreto sumarial o el sobreseimiento provisional. Al levantarse la interrupción, el plazo continúa por el tiempo que reste y no comienza de nuevo desde cero[17].

2. El sistema de prórrogas

El artículo 324.1 párrafo segundo establece que el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar prórrogas sucesivas por períodos iguales o inferiores a seis meses, mediante auto motivado. Cinco consecuencias técnicas se derivan: (i) el auto debe dictarse *antes* del último día del plazo en curso, sin que baste la mera petición de parte en tiempo; (ii) no existe un número máximo de prórrogas, aunque ello exige motivación singularmente reforzada; (iii) ya no es preciso declarar la causa compleja; (iv) puede acordarse de oficio; y (v) cualquier parte - acusación pública, acusación particular o defensa - puede instarlo[18].

La posibilidad teórica de prórrogas ilimitadas plantea una tensión con la finalidad del precepto. Una instrucción indefinidamente prorrogada sería funcionalmente equivalente al sistema anterior a 2015. Por ello, el juez debe denegar la prórroga cuando ya existan diligencias suficientes para dictar la resolución del artículo 779.1 LECr[19], no siendo razonable prolongar la instrucción para practicar diligencias que podrían aportarse como medios de prueba al juicio oral[20].

3. Las diligencias extemporáneas: inutilizabilidad limitada

El artículo 324.3 LECr dispone que «no serán válidas las diligencias acordadas» una vez vencido el plazo sin prórroga. La sanción, que la jurisprudencia precedente había construido pretorianamente, fue consagrada expresamente por el legislador de 2020. Sin embargo, la naturaleza jurídica de esa «no validez» no es la de la nulidad absoluta del artículo 11 LOPJ[21].

16 STS 974/2024, de 6 de noviembre, Rec. 6573/2021, Sala Segunda del Tribunal Supremo (Pleno).
17 Circular 1/2021 FGE, ap. IV: «La interrupción no reinicia los plazos transcurridos sino que los suspende; al levantarse la interrupción los plazos continúan».
18 Vid. nota 6 supra.
19 Artículo 779.1 LECr: resoluciones posibles al concluir las diligencias previas del procedimiento abreviado.
20 Moreno Catena, V./Cortés Domínguez, V.: Derecho Procesal Penal, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 298-301.
21 Vid. nota 5 supra.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La Sala Segunda, desde la STS 738/2022[22] y confirmado por el Pleno en la STS 974/2024[23], ha construido una doctrina de «inutilizabilidad limitada»: la diligencia extemporánea no puede ser valorada por el instructor para decidir sobre la continuación del proceso conforme al artículo 779.1 LECr, pero su contenido informativo no queda constitucionalmente contaminado. La información contenida en ella puede ser aportada al juicio oral mediante medios de prueba propuestos por las partes[24].

La clave es la *suficiencia*: si las diligencias practicadas dentro del plazo son suficientes para abrir juicio oral, las extemporáneas pueden aportarse al plenario como prueba. Si la única base incriminatoria es la diligencia extemporánea, el proceso debe concluir mediante sobreseimiento provisional conforme al artículo 779 1 1º o al artículo 641 LECr[25].

4. Las diligencias rezagadas

El artículo 324.2 LECr salva las diligencias «acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o de sus prórrogas», aunque se reciban tras la expiración. La STS 44/2026[26] precisó que la ratificación de un informe pericial - acordado y practicado dentro del plazo - constituye parte de la diligencia principal y es, por tanto, válida, aunque se produzca extemporáneamente. La STS 708/2025[27] extendió la validez a las consecuencias «ineludibles y directamente derivadas» de diligencias acordadas en plazo.

En estrecha conexión con las diligencias rezagadas, la jurisprudencia ha ido perfilando el concepto de «inescindibilidad» procesal: determinadas actuaciones constituyen una consecuencia procesalmente inseparable de diligencias acordadas en plazo y, por tanto, participan de su validez temporal. Así, si se acuerda dentro del plazo una intervención de las comunicaciones telefónicas, la posterior citación para tomar declaración al titular de la línea intervenida es una diligencia inescindible de aquélla, pues sin la identificación derivada de la intervención no habría sido posible individualizar al sospechoso. Del mismo modo, la obtención de un informe pericial complementario sobre muestras recogidas en plazo, o la práctica de un reconocimiento fotográfico derivado de datos obtenidos en una entrada y registro temporánea, son actuaciones cuya validez se ancla en la diligencia matriz. La STS 708/2025 acogió expresamente este criterio al extender la validez a las «consecuencias ineludibles y directamente derivadas» de diligencias acordadas en plazo, y la STS 106/2026[28] del Pleno lo aplicó materialmente al considerar válidas las diligencias practicadas tras la aparición de un

[22] STS 738/2022, de 19 de julio, Rec. 4416/2020, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[23] Vid. nota 17 supra.
[24] SSTC 303/1993; 171/1999; 259/2005; 216/2006; 197/2009; sobre la posibilidad de introducir en el juicio oral, por medios probatorios autónomos, información procedente de fuentes obtenidas irregularmente pero no ilícitamente.
[25] Artículo 641 LECr: sobreseimiento provisional por no estar suficientemente justificada la perpetración del delito o la participación del investigado.
[26] STS 44/2026, de 28 de enero, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[27] STS 708/2025, de 29 de julio, Rec. 10595/2024, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[28] STS 106/2026 FD tercero y cuarto.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

investigado cuando las pesquisas previas - puramente policiales y no judicializadas - habían sido acordadas durante la vigencia del plazo.

IV. EL *DIES A QUO* EN SUPUESTOS ESPECIALES

1. Inhibición de juzgado a juzgado

La Circular 1/2021 FGE fijó que, en caso de inhibición, el inicio del cómputo es la fecha del primer auto de incoación, con independencia del órgano que instruyó inicialmente. La ratio es que el proceso judicial había comenzado y el investigado estaba afectado por la investigación desde ese primer momento[29].

2. Acumulación de procedimientos

La STS 48/2022[30] estableció que el auto de incoación de las diligencias acumuladas - las más recientes - marca el inicio del cómputo respecto de los hechos nuevos. De lo contrario, el Estado carecería de cualquier período de investigación sobre esos hechos. La acumulación no puede, sin embargo, subsanar la deficiencia ya producida en el procedimiento cuyo plazo venció sin prórroga.

3. Secreto sumarial y sobreseimiento provisional

La STS 974/2024 del Pleno[31] sistematizó la doctrina sobre la interrupción por secreto o sobreseimiento provisional. El plazo queda *suspendido* - no reiniciado - durante el período de paralización. Las partes no pueden instar la prórroga de una causa que desconocen (secreto) o que está archivada provisionalmente; y el investigado no está padeciendo la carga procesal del artículo 118 LECr durante ese tiempo.[32]

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SANCIÓN: INUTILIZABILIDAD FRENTE A NULIDAD CONSTITUCIONAL

La distinción entre la inutilizabilidad del artículo 324 LECr y la prueba constitucionalmente ilícita del artículo 11 LOPJ es uno de los logros más relevantes de la jurisprudencia reciente. La prueba ilícita del artículo 11 LOPJ se caracteriza porque la obtención del medio probatorio ha supuesto la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, generando una exclusión absoluta con efecto reflejo hacia las pruebas derivadas («árbol del fruto envenenado»)[33].

La diligencia instructora extemporánea infringe, en cambio, una norma procesal ordinaria - el artículo 324 LECr - cuyo fundamento es la garantía del derecho a un proceso en plazo razonable, sin implicar per se la vulneración de ningún derecho fundamental sustantivo. Por ello, la sanción no es la inutilizabilidad absoluta,

[29] Vid. nota 6 supra.
[30] STS 48/2022, de 20 de enero, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[31] Vid. nota 17 supra.
[32] Artículo 118 LECr: reconocimiento del derecho de defensa desde la comunicación al sujeto de la existencia del hecho punible que se le atribuye.
[33] Vid. nota 5 supra.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

sino una «invalidez limitada al momento procesal de su aportación»: la diligencia no puede ser valorada para la decisión de clausura del artículo 779.1 LECr, pero su contenido puede ser introducido en el juicio oral por medios probatorios autónomos[34].

La excepción a esta regla la constituye la inculpación de un nuevo investigado fuera del plazo. En este supuesto sí se genera indefensión material, porque el así imputado se enfrenta a un proceso de instrucción ya concluido sin poder proponer las diligencias que convengan a su defensa, con lo que la afectación alcanza dimensión constitucional y conduce a la nulidad[35].

VI. APLICABILIDAD DEL ART. 324 LECR A LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS PENALES

1. El procedimiento abreviado

El artículo 324 LECr se aplica de forma plena al procedimiento abreviado[36]. La resolución de clausura al vencimiento del plazo adopta cualquiera de las formas del artículo 779.1 LECr. Una singularidad relevante es que el auto de apertura de juicio oral no puede acordarse si no se ha tomado previamente declaración al investigado conforme al artículo 775 LECr[37]. La STS 176/2023[38] calificó esta diligencia como de «doble naturaleza»: acto de investigación y garantía del derecho de defensa. Su práctica extemporánea compromete gravemente ese derecho y obliga - salvo rebeldía- a decretar el archivo provisional de la causa[39].

2. El sumario ordinario

El sumario ordinario, aplicable a delitos con pena superior a nueve años[40], está igualmente sujeto al artículo 324 LECr. La resolución de clausura es el auto de conclusión del sumario. La naturaleza reservada de las primeras diligencias sumariales puede afectar al cómputo del plazo conforme a la doctrina expuesta en el apartado IV.3.

3. Juicios rápidos y proceso ante el Tribunal del Jurado

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos carece de una fase de instrucción autónoma comparable, por lo que la aplicación del artículo 324 LECr resulta marginal[41]. Mayor relevancia

---

34 STS 128/2024, de 8 de febrero, Rec. 10975/2023, Sala Segunda del Tribunal Supremo.

35 Artículo 242 LOPJ: nulidad de actuaciones procesales. Conforme a la doctrina del TS, las diligencias extemporáneas del art. 324 son «irregulares» (inutilizables ad hoc) y no nulas absolutas del art. 11 LOPJ.

36 Artículo 757 LECr: ámbito de aplicación del procedimiento abreviado.

37 Artículo 779.1.4.ª LECr: el auto de apertura de juicio oral no puede adoptarse sin haberse tomado declaración al investigado conforme al art. 775 LECr.

38 STS 176/2023, de 13 de marzo, Rec. 1455/2021, Sala Segunda del Tribunal Supremo.

39 SSTC 128/1993, de 19 de abril; 129/1993, de 19 de abril; 152/1993, de 3 de mayo; 273/1993, de 20 de septiembre; sobre el derecho del investigado a ser informado de la imputación y a ser oído antes del cierre de la instrucción.

40 Artículo 306 LECr: el sumario ordinario corresponde a delitos cuya pena excede de nueve años de privación de libertad.

41 Arts. 795 y ss. LECr: procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (juicios rápidos).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

presenta en el proceso ante el Tribunal del Jurado, donde la audiencia preliminar del artículo 32 LOTJ[42] tiene naturaleza próxima a la instrucción y el plazo del artículo 324 LECr es aplicable a las diligencias que en ella se practican.

VII. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO (2021-2026)

1. La STS 455/2021: el punto de inflexión

La STS 455/2021, de 27 de mayo[43], constituyó el hito inicial de la jurisprudencia que clarificó con energía las consecuencias del incumplimiento del plazo. El Tribunal afirmó que los plazos del artículo 324 LECr no son «voluntaristas» ni subsanables, sino de obligado cumplimiento, y que el exceso sin prórroga acordada determina la nulidad de las diligencias practicadas fuera del plazo, con todas sus consecuencias.

En el supuesto enjuiciado, el Fiscal había omitido instar la prórroga y el juzgado había acordado diligencias extemporáneas que resultaron determinantes para la apertura del juicio oral. La Sala confirmó la sentencia absolutoria: sin diligencias incriminatorias válidas, no podía sostenerse una acusación legítima ni abrirse el juicio oral. La sentencia afirmó, con especial nitidez, que permitir a la acusación aportar diligencias extemporáneas equivale a «construir el material para sostener la acusación en una actuación *contra legem*» generadora de indefensión material.

2. Las SSTS 672/2022 y 738/2022: la inutilizabilidad limitada

Las SSTS 672/2022[44] y 738/2022[45] precisaron que la consecuencia del incumplimiento no es la nulidad radical con efecto reflejo, sino la inutilizabilidad procesal limitada. La clave es distinguir dos planos: la diligencia de instrucción (afectada por la inutilizabilidad) y el medio de prueba propuesto para el juicio oral, que puede incorporar la misma información por cauces autónomos. Esta distinción - «una cosa son las diligencias de instrucción y otras los medios de prueba del juicio oral» - constituye la piedra angular del sistema actual.

La STS 738/2022[46] subraya que, si antes del vencimiento ya se habían practicado diligencias con potencial incriminatorio suficiente, la transformación a procedimiento abreviado o el cierre del sumario es procedente, y las diligencias extemporáneas pueden proponerse y practicarse en el plenario como prueba por las acusaciones.

---

42 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; art. 32 LOTJ sobre las diligencias de la audiencia preliminar.

43 Vid. nota 15 supra.

44 STS 672/2022, de 1 de julio, Rec. 5534/2020, Sala Segunda del Tribunal Supremo.

45 Vid. nota 23 supra.

46 Vid. nota 23 supra.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. La STS 974/2024 del Pleno: sistematización

La STS 974/2024, de 6 de noviembre[47], dictada por el Pleno de la Sala Segunda, supuso la sistematización más completa de la doctrina. Sus aportaciones principales son: (i) la interrupción - no reinicio - del plazo en supuestos de secreto sumarial o sobreseimiento provisional; (ii) la confirmación de la distinción entre invalidez procesal e ilicitud constitucional; (iii) la precisión de que la invalidez no alcanza al contenido informativo de la diligencia para fines probatorios en el plenario; y (iv) la reiteración de que la regla de exclusión solo se proyecta sobre la decisión de continuación del artículo 779 LECr.

4. Las resoluciones de 2025 y 2026

La STS 317/2025[48] resuelve los supuestos de acumulación de causas, fijando el *dies a quo* en la incoación del procedimiento que investiga los nuevos hechos. La STS 708/2025[49] reafirma que al vencer el plazo el juez debe decidir valorando únicamente las diligencias válidamente incorporadas. La STS 677/2025[50] precisa que la reforma de 2020 no ha derogado los artículos 781 y 786.1 LECr, por lo que las partes pueden proponer pruebas en los escritos de calificación con total independencia de la instrucción.

La STS 952/2025[51] resume la doctrina de la Sala y reitera que la ausencia de declaración del investigado en plazo, unida a la carencia de diligencias incriminatorias válidas, conduce necesariamente a la absolución. La STS 44/2026[52] sistematiza el concepto de «diligencia rezagada», extendiéndolo a la ratificación de informes periciales y a las consecuencias ineludibles de diligencias acordadas en plazo.

1. La STS 106/2026 del Pleno: el *dies a quo* en instrucciones sin investigado

La STS 106/2026[53], de 9 de febrero (Pleno, ponente Del Moral García, Rec. 10324/2025), constituye un hito jurisprudencial de primer orden al abordar frontalmente una cuestión hasta entonces no resuelta: las consecuencias del incumplimiento del plazo del artículo 324 LECr en instrucciones en las que no existe persona investigada. La sentencia, dictada en un caso de homicidio cuyos hechos se remontaban a 2003 y cuyos restos no fueron hallados hasta 2019 - sin que se identificara sospechoso alguno hasta septiembre de 2022, establece una doctrina que matiza sustancialmente el régimen de invalidez de las diligencias extemporáneas.

---

47 Vid. nota 17 supra.
48 Vid. nota 16 supra.
49 Vid. nota 29 supra.
50 STS 677/2025, de 11 de julio, Rec. 6222/2022, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
51 STS 952/2025, de 19 de noviembre, Rec. 3388/2023, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
52 Vid. nota 27 supra.
53 STS 106/2026 de 9 de Febrero. Rec. 10324/2025. Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ECLI:ES:TS:2026:721

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El Pleno parte de una premisa nuclear[54]: no toda vulneración del artículo 324 LECr tiene dimensión constitucional. La relación entre el precepto y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE no es esencial sino de pura instrumentalidad: puede respetarse escrupulosamente el artículo 324 y, sin embargo, producirse dilaciones indebidas; e, inversamente, puede incumplirse formalmente el precepto sin que se vea afectado el derecho constitucional, cuando la prolongación de la investigación era materialmente debida - en oposición a indebida - por la complejidad objetiva del caso.

Sobre esta base, la sentencia declara[55] que cuando en la instrucción no existe investigado, la omisión del acuerdo de prórroga constituye una irregularidad procesal pero no puede arrastrar la consecuencia de invalidez de las diligencias practicadas. La razón es doble: por un lado, no cabe hablar de indefensión del investigado porque no lo hay; por otro, aplicar la invalidez supondría sacrificar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas sin causa relevante, pues no entraría en conflicto con ningún derecho fundamental de una parte pasiva inexistente. El Tribunal advierte que lo contrario equivaldría a transformar un plazo procesal en un plazo sustantivo de prescripción más breve que el previsto en el artículo 131 CP, y empujaría a los jueces a decretar sobreseimientos provisionales artificiosos para derivar la investigación a un marco extraprocesal.

La consecuencia práctica[56] de esta doctrina es que la invalidez de las diligencias acordadas fuera de plazo que proclama el artículo 324.3 LECr no opera cuando, desde la adquisición de la condición de investigado - oficial u oficiosamente, esto es, desde que el procedimiento se dirige contra una persona determinada -, no se ha desbordado el plazo máximo de doce meses. En el caso enjuiciado, el recurrente fue identificado como sospechoso en septiembre de 2022, se acordó la intervención de sus comunicaciones, y en octubre de 2022 fue detenido y puesto a disposición judicial. Desde ese momento hasta la apertura de juicio oral no se superó plazo alguno, por lo que las diligencias posteriores a su identificación eran válidas. La sentencia precisa, además, que esta exégesis sirve también para la aparición sucesiva de nuevos investigados: en el momento en que el procedimiento se sigue contra una persona y queda interrumpida la prescripción, ha de comenzar el cómputo del plazo de doce meses para recabar diligencias que avalen la imputación.

La sentencia cuenta con un voto particular[57] del magistrado De Porres Ortiz de Urbina, quien discrepa por considerar que la interpretación de la mayoría es *contra legem*. Para el magistrado disidente, el artículo 324 LECr no hace distinción alguna entre instrucciones con o sin investigado: se refiere a la «investigación» sin más, y el *dies a quo* es «la incoación de la causa», no la imputación. El voto particular sostiene además que la nueva doctrina genera problemas prácticos, tales como la coexistencia de plazos distintos para investigados

[54] FD Primero y sexto de la Sentencia. STS 1144/2024 de 11 de Julio, citada por la propia Sentencia

[55] FD Sexto y Séptimo. Art. 131 CP.

[56] FD Quinto, sexto y octavo. STS 48/2022 y STS 952/2025 que la sentencia invoca.

[57] Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. De Porres Ortiz de Urbina. SSTC 17/2022 y 88/2016 que el disidente cita como fundamento del principio de legalidad interpretativa.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

sucesivos y la posible validez de una diligencia para unos e invalidez para otros, y que el caso podía resolverse por la vía más sencilla de considerar inaplicable el artículo 324 al procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Concluye abogando por una reforma legislativa que aborde estos problemas y por la implantación de sistemas de alerta procesal que faciliten el cumplimiento de los plazos.

La STS 699/2025[58] añade una cautela procesal esencial: la infracción del artículo 324 LECr no puede ser invocada por primera vez en casación si no fue alegada en la instancia y en apelación, por constituir cuestión nueva vedada en ese cauce.

VIII. JUSTICIA RESTAURATIVA Y PLAZOS DE INSTRUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero[59], introdujo en nuestro ordenamiento una regulación sistemática de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el proceso penal, incluyendo los procedimientos de justicia restaurativa. La disposición adicional novena de la LECr, incorporada por la LO 1/2025 establece que el inicio de un procedimiento restaurativo en fase de instrucción no exime de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito, fijándose un plazo máximo de tres meses - prorrogable por igual período - para el desarrollo del procedimiento restaurativo[60].

La interacción con el artículo 324 LECr plantea una cuestión práctica de primer orden: la remisión a mediación *no suspende* el cómputo del plazo de instrucción. El procedimiento restaurativo se tramita en paralelo a la instrucción, de modo que el plazo de doce meses del artículo 324 LECr sigue corriendo durante la mediación. Ello impone a las partes y al juez una gestión proactiva de la prórroga, que deberá acordarse antes del vencimiento si la investigación no puede concluirse en tiempo. En cuanto a la conformidad procesal - mecanismo funcionalmente próximo a la justicia restaurativa en términos de depuración temprana del objeto del proceso -, su virtualidad se enmarca en la fase intermedia y no afecta al cómputo del artículo 324 LECr, que actúa exclusivamente sobre la fase de instrucción.

IX. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA ACUSACIÓN Y DEFENSA

1. Para la acusación pública y particular

El Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares deben: (i) controlar activamente el plazo de instrucción desde la incoación y verificar el *dies a quo* con precisión; (ii) instar la prórroga con suficiente antelación para garantizar que el juez la acuerde antes del último día del plazo, previo trámite de audiencia a las demás partes; (iii) no confundir diligencias de instrucción con medios de prueba, practicando en la instrucción únicamente

[58] STS 699/2025, de 17 de julio, Rec. 10579/2024, Sala Segunda del Tribunal Supremo.
[59] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, BOE núm. 2, de 3 de enero de 2025.
[60] Arts. 71.5 y 71.6 LO 1/2025: remisión a procedimientos restaurativos y sus efectos sobre los plazos procesales.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

las imprescindibles para la decisión de clausura y reservando para el juicio oral las restantes; y (iv) solicitar la práctica de la declaración del investigado dentro del plazo, dada su naturaleza de garantía constitucional de defensa[61].

2. Para la defensa

La defensa debe: (i) vigilar el cumplimiento del plazo y, si este vence sin prórroga, promover el archivo provisional o definitivo; (ii) plantear la inutilizabilidad de las diligencias extemporáneas como cuestión previa en la audiencia preliminar o en el escrito de defensa, conforme a los artículos 786.2 y 667 LECr; (iii) verificar que la declaración del investigado se practicó dentro del plazo, y en caso contrario, instar el archivo por imposibilidad de abrir el juicio oral; y (iv) recordar que la STS 699/2025[62] cierra el paso a invocar estas infracciones por primera vez en casación si no fueron oportunamente planteadas ante los tribunales de instancia y apelación.

X. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El análisis precedente pone de manifiesto que, pese al indudable avance de la reforma de 2020, subsisten deficiencias que justifican nuevas propuestas legislativas:

1. Establecer un tope máximo al número total de prórrogas - o a la duración total de la instrucción - a fin de evitar que la posibilidad teórica de prórrogas ilimitadas vacíe de contenido la finalidad garantista del precepto. Un plazo máximo total de instrucción - por ejemplo, cuatro años para causas ordinarias - podría resultar razonable, sin perjuicio de plazos superiores para supuestos de especial complejidad objetiva que el propio instructor justifique motivadamente.
2. Prever expresamente la suspensión del plazo durante la tramitación de comisiones rogatorias internacionales, cuyo cumplimiento depende de la cooperación de Estados extranjeros y escapa al control del instructor español. Aunque en la práctica forense se recurre habitualmente al sobreseimiento provisional como mecanismo indirecto de suspensión del cómputo mientras se cumplimentan las comisiones, una previsión legal expresa dotaría de mayor seguridad jurídica al sistema y evitaría archivos artificiosos. Asimismo, debería reconocerse expresamente la validez de las diligencias inescindibles del resultado de la comisión rogatoria.
3. Regular expresamente la interacción entre el artículo 324 LECr y la remisión a procedimientos de justicia restaurativa, estableciendo que la derivación a un procedimiento restaurativo suspende el plazo durante el tiempo estrictamente necesario para su desarrollo. Conviene precisar que los MASC stricto sensu son

[61] Vid. nota 38 supra.
[62] Vid. nota 60 supra.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

propios del ámbito civil y mercantil[63]; en el proceso penal, el instrumento correcto es la justicia restaurativa regulada en la LO 1/2025, cuya aplicación presupone la existencia de un procedimiento penal en curso[64].

4. Aclarar en la norma los criterios del *dies a quo* para cada hecho objeto de investigación en supuestos de acumulación, con mayor precisión que la actualmente derivada de la construcción jurisprudencial.

XI. CONCLUSIONES

1º. El artículo 324 LECr establece un plazo ordinario de instrucción de doce meses, prorrogable por períodos de hasta seis meses sin límite numérico, aunque con exigencia de motivación reforzada en cada prórroga.

2º. El *dies a quo* es la fecha del auto de incoación de la causa. En supuestos de acumulación, lo es la fecha de incoación del procedimiento que investiga los hechos nuevos. El plazo se interrumpe —sin reiniciarse— durante el secreto sumarial y el sobreseimiento provisional.

3º. Las diligencias acordadas y practicadas fuera del plazo sin prórroga son inútiles para la decisión de clausura del artículo 779.1 LECr, pero no constituyen prueba ilícita ex artículo 11 LOPJ. Su contenido puede ser aportado al juicio oral por medios de prueba autónomos, siempre que otras diligencias válidas sostengan suficientemente la acusación.

4º. Las diligencias rezagadas - acordadas dentro del plazo, pero recibidas o practicadas después de su vencimiento - son válidas, incluidas sus consecuencias directas e ineludibles.

5º. La ausencia de declaración del investigado dentro del plazo, unida a la inexistencia de diligencias incriminatorias válidas, impone el archivo provisional o definitivo y, si el juicio oral ya se ha abierto, la absolución del acusado.

6º. La infracción del artículo 324 LECr debe plantearse en la instancia y en apelación; su invocación por primera vez en casación es inadmisible por constituir cuestión nueva.

7º. La regulación vigente presenta lagunas que demandan intervención legislativa: tope máximo de duración total, suspensión durante comisiones rogatorias y coordinación expresa con los procedimientos de justicia restaurativa.

8º. La STS 106/2026 del Pleno ha establecido que la invalidez de las diligencias extemporáneas del artículo 324.3 LECr no opera en instrucciones sin investigado cuando, desde la adquisición de dicha condición, no se ha rebasado el plazo de doce meses. Esta doctrina, que cuenta con un voto particular discrepante por

[63] Arts. 1 y ss. Del Libro II, Título I de la LO 1/2025 (régimen de los MASC en el ámbito civil) , frente a la Disposición Adicional Novena de la LECr (justicia restaurativa

[64] Vid. nota 61 supra.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

considerarla *contra legem*, introduce un criterio funcional que vincula las consecuencias del incumplimiento a la existencia de indefensión material de la parte pasiva.

9º. El concepto de «inescindibilidad» procesal, desarrollado por las SSTS 708/2025 y 106/2026, amplía la categoría de diligencias rezagadas válidas a aquellas actuaciones que constituyen una consecuencia procesalmente inseparable de diligencias acordadas en plazo, dotando al sistema de una flexibilidad interpretativa que debe ejercerse con cautela para no vaciar de contenido la finalidad garantista del precepto.

XII. BIBLIOGRAFÍA

Manuales, monografías y artículos doctrinales

Banacloche Palao, J. / Gutiérrez Berlinches, Á. (dirs.): *Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales*, Marcial Pons, 2024 (ISBN 978-84-11638-94-4). Incluye un capítulo específico titulado «La necesidad de limitar la duración de la instrucción penal: de nuevo sobre el artículo 324 LECr».

Banacloche Palao, J.: El artículo 324 de la LECr y la limitación de la instrucción en los procesos penales: una contribución al debate, *Diario La Ley*, n.º 9617, Sección Tribuna, 21 de abril de 2020, Wolters Kluwer.

Casas Hervilla, J. / Villafañe Díez, D.: Estado de alarma y plazos de instrucción del artículo 324 LECr: crónica de una discusión anunciada, *Diario La Ley*, n.º 9660, Sección Tribuna, 24 de junio de 2020, Wolters Kluwer.

Díaz Torrejón, P. / Valverde Megías, R.: Reflexiones prácticas sobre el nuevo sistema de plazos del artículo 324 LECr (Ley 2/2020, de 27 de julio)» *Diario La Ley*, n.º 9714, Sección Doctrina, 13 de octubre de 2020, Wolters Kluwer.

Gimeno Sendra, V.: Derecho Procesal Penal, 2.ª ed., Civitas. 2015.

Gutiérrez Rodríguez, M.: A vueltas con la limitación temporal de la fase de instrucción en los procesos penales: el nuevo artículo 324 LECr, *InDret*, n.º 1, enero 2021.

Magro Servet, V.: Casuística práctica del art. 324 LECr a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario La Ley* 10693. Marzo 2025.

Merchán González, A.: La fijación del plazo legal - art. 324 LECr - para practicar diligencias en fase de instrucción. Un límite infranqueable. Análisis de la STS Sala de lo Penal N.º 455/2021 de 27 de mayo de 2021, *Diario La Ley*, n.º 9933, 2021, Wolters Kluwer

Moreno Catena, V./Cortés Domínguez, V.: Derecho Procesal Penal, 13.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Moreno Verdejo, J. / Díaz Torrejón, P.: Dos años de aplicación práctica de la versión 2.0 del sistema de plazos del proceso penal, 28 de julio de 2022 (citado en la revista *Lex Criminalis* n.º 7, marzo 2025, de la AJFV).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Mosquera Blanco, A.J.: En defensa del 324 LECr, Estudio doctrinal, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXIII, n.º 2.223, octubre de 2019.

Ortells Ramos, M./Tapia Fernández, I.: Derecho Procesal Penal en la doctrina del Tribunal Constitucional. 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2005.

Plasencia Domínguez, N.: La inaplazable reforma de nuestro modelo procesal penal. Análisis crítico del sistema de plazos del art. 324 LECr, *Diario La Ley*, n.º 9637, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 21 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.

Rodríguez Lainz, J.L.: Las claves del nuevo art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Diario La Ley*, n.º 9706, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2020, Wolters Kluwer.

Rodríguez Lainz, J.L.: Diez preguntas y sus respuestas sobre la nueva regulación del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el sometimiento a plazos de la investigación criminal, *Diario La Ley*, n.º 9150, 2 de marzo de 2018, Wolters Kluwer.

Normativa

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

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 de septiembre de 1882 [versión consolidada vigente].

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1995.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 [versión consolidada vigente].

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley 41/2015 de 5 de Octubre de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. BOE núm. 239 de 6 de Octubre de 2015

Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 202, de 28 de julio de 2020.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, BOE núm. 2, de 3 de enero de 2025.

Circulares de la Fiscalía General del Estado

Fiscal General del Estado: Circular 5/2015, de 13 de noviembre, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción.

Fiscal General del Estado: Circular 1/2021, de 8 de abril, sobre el cómputo del plazo del artículo 324 LECr tras la reforma operada por Ley 2/2020.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda)

STS 455/2021, de 27 de mayo, Rec. 3034/2019.

STS 48/2022, de 20 de enero.

STS 672/2022, de 1 de julio, Rec. 5534/2020.

STS 738/2022, de 19 de julio, Rec. 4416/2020.

STS 176/2023, de 13 de marzo, Rec. 1455/2021.

STS 128/2024, de 8 de febrero, Rec. 10975/2023.

STS 974/2024, de 6 de noviembre, Rec. 6573/2021 (Pleno).

STS 317/2025, de 3 de abril, Rec. 5536/2022.

STS 677/2025, de 11 de julio, Rec. 6222/2022.

STS 699/2025, de 17 de julio, Rec. 10579/2024.

STS 708/2025, de 29 de julio, Rec. 10595/2024.

STS 952/2025, de 19 de noviembre, Rec. 3388/2023.

STS 44/2026, de 28 de enero.

STS 106/2026, de 9 de Febrero Rec. 10324/2025 (Pleno

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC 36/1984, de 14 de marzo (derecho a proceso sin dilaciones indebidas).

STC 128/1993, de 19 de abril; STC 129/1993, de 19 de abril; STC 152/1993, de 3 de mayo; STC 273/1993, de 20 de septiembre (derecho del investigado a ser informado de la imputación).

STC 97/2019, de 16 de julio (exclusión de prueba ilícita).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano

TEDH: Pélissier y Sassi c. Francia (Gran Sala), sentencia de 25 de marzo de 1999, ECHR 1999-II.

TEDH: Kudła c. Polonia (Gran Sala), sentencia de 26 de octubre de 2000, ECHR 2000-XI.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO

M.ª Ángeles Roselló Juárez

Abogada

SUMARIO: *I. Introducción. 1. evolución histórica del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. 2. Regulación internacional. 3. La inviolabilidad del domicilio en la Constitución Española de 1978. 4. La afectación al derecho fundamental a la intimidad. II. Concepto jurídico de lugar cerrado. 1. Edificios y lugares públicos. 2. Domicilio. III. Requisitos para acordar la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. 1. Supuestos en los que no es necesaria autorización judicial. 2. Supuestos en los que se requiere autorización judicial. IV. Práctica de la diligencia de entrada registro. V. Conclusiones VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es el análisis de la diligencia de investigación consistente en la entrada y registro en lugar cerrado.

El art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) define las diligencias de investigación como "aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Y dentro de estas diligencias de investigación se circunscribe la analizada entrada y registro en lugar cerrado, regulada en el Capítulo I del Título VIII (art. 545 a 572) de la LECr, siendo una de las más controvertidas al afectar directamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio protegido por el art. 18.2 de la Constitución Española (en adelante CE). La finalidad de este derecho fundamental es garantizar al ser humano un espacio para poder desarrollar su intimidad y personalidad, garantizando el ámbito de privacidad y vedando toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse por medio de aparatos mecánicos, electrónicos o análogos[1].

Así, la entrada en domicilio "tendrá que estar suficientemente motivada, tanto sobre los hechos como en derecho, teniendo en cuenta que se trata de la restricción de un derecho fundamental"[2].

Esta motivación significa de un lado, que la autorización de entrada en domicilio debe haber sido ponderada adecuadamente por la autoridad judicial en relación con los intereses en conflicto y, de otro, que la entrada en

[1] Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia nº 50/1995, de 23 de febrero de 1995, Fundamento Jurídico Quinto. Aranzadi RTC 1995/50.

[2] STS de 8 de junio de 2017.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

domicilio deberá ejecutarse del modo menos lesivo posible respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este sentido "cuando se practique la diligencia de entrada y registro ésta se encontrará sujeta al principio de mínima lesividad"[3].

Así, "la resolución judicial aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos"[4].

1. Evolución histórica del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio

El derecho constitucional español ha protegido el derecho a la inviolabilidad del domicilio a lo largo de toda la historia, estando presente en los diferentes textos constitucionales españoles, desde el artículo 126 del **Estatuto de Bayona de 1808** el cual establecía: *La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día, y para un objeto especial, determinado por una ley, o por una orden que dimane de la autoridad pública* protección que persistió y se fue desarrollando en el artículo 306 de la **Constitución de Cádiz de 1812**, en el artículo 7 de la **Constitución de 1837,** en el artículo 5 de la **Constitución de 1869,** en el artículo 6 de la **Constitución de 1876,** en el artículo 31 de la **Constitución de 1931** y en el artículo 15 del **Fuero de los Españoles de 1945 .** Todos los cuales han desembocado en la regulación actual del art. 18.2 **de la Constitución Española de 1978.**

2. Regulación internacional

El derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos más importantes de ahí que los textos que han influido considerablemente en los estados a la hora de legislar recojan este derecho, muestra de ello es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su art. 12 indica: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.* También es destacable en este sentido el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (ratificado por España en 1979), el cual recoge en su art. 8.1: *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.*

Tras el desarrollo de la DUDH en sus dos Pactos, el derecho a la inviolabilidad el domicilio se ubica en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España en 1977), concretamente en su art. 17.1 del siguiente modo: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su*

[3] GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A. Las diligencias policiales y su valor probatorio. Bosch, Barcelona, 2014, p. 191.
[4] STS de 18 de julio de 1991.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación…toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

3. La inviolabilidad del domicilio en la Constitución Española de 1978

En la Sección I, del Capítulo II, del Título I ("De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"), encontramos el art. 18.2 el cual dispone: *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en los casos de flagrante delito.* Así pues, la propia CE en el citado artículo, establece tres casos de limitación del derecho:

- El consentimiento del titular.
- La resolución judicial.
- Caso del flagrante delito.

Por otra parte, la CE en su art. 55 establece que la declaración del estado de excepción o de sitio serán motivo de suspensión de la inviolabilidad del domicilio y también *puede* ser suspendido para personas relacionadas con las investigaciones de bandas armadas o elementos terroristas.

4. Afectación al derecho fundamental a la intimidad

Es de destacar que la diligencia de entrada y registro no solo afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio sino también al derecho fundamental más amplio a la intimidad. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en no pocas ocasiones sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, entendiendo que "el domicilio es inviolable porque en sí mismo constituye lo más íntimo y sagrado de la persona, donde desarrolla al máximo la proyección de su yo, de sus intereses y de sus gustos, de sus apetencias, o, en suma, de sus vivencias[5].

Por tanto, "la inviolabilidad del domicilio debe ser respetada escrupulosamente por los Poderes Públicos porque garantiza la intimidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad en el ámbito más puro de la privacidad"[6].

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que "la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario constituye una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar"[7].

Por lo expuesto, queda patente que la protección domiciliaria está indiscutiblemente relacionada con el derecho a la intimidad de la persona que se consagra en el art. 18.1 CE e implica que todo individuo tiene

[5] STS de 8 de mayo de 1995
[6] STS de 4 de marzo de 1997
[7] STS de 17 de enero de 2002

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

derecho a desarrollar una vida privada, sin interferencias ni invasiones por parte de los poderes públicos o de particulares.

Un ejemplo lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, en la que el Alto tribunal anulaba una sentencia condenatoria por un delito de tráfico de drogas "al considerar que subirse a un edificio y desde ahí ver con prismáticos lo que sucedía en el interior de una vivienda, vulnera el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio"[8].

Ello es extrapolable en la actualidad a dispositivos tales como drones y otros instrumentos que permiten la captación de imágenes y pueden vulnerar el derecho a la intimidad de las personas.

No obstante, el bien jurídico protegido es distinto dado que la inviolabilidad domiciliaria protege "un reducto físico inmune a la penetración de cualquiera sin el consentimiento de su titular"[9] frente a la intimidad que comprende un ámbito más amplio.

Ahora bien, desde un punto de vista internacional, debemos valorar el reconocimiento de este derecho en numerosos Tratados internacionales que le otorgan protección, como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en París, en su artículo 12 o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su artículo 17.1, así como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8.2.

No obstante, "el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria, como el resto de los derechos fundamentales, no posee un carácter absoluto e ilimitado." [10]Así, cabe "la posibilidad de que el derecho a la intimidad ceda ante lo que se denominan otros intereses constitucionalmente legítimos."[11].

Por tanto, "los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites: juicio de proporcionalidad en sentido estricto"[12].

[8] URBANO CASTRIBILLO E. DE, "Vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por uso de prismáticos por parte de la Policía" Delitos contra la Hacienda Pública. Práctica Penal nº 84, 2016 p. 30.

[9] ARAGÓN REYES, M. "La inviolabilidad del domicilio". Revista Española de Derecho Constitucional. 1998, p. 351.

[10] FIGUEROA NAVARRO, M.ª C. "Las diligencias de entrada y registro domiciliario" La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario, 2004, p. 91.

[11] MUÑOZ MARÍN, A. "Investigación crimina. Registro de entrada de teléfono móvil" CEF Legal, Revista Práctica de Derecho, Comentarios y Casos Prácticos, 2014, p. 197-198.

[12] STS de 20 de diciembre de 1999.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

II. CONCEPTO JURÍDICO DE LUGAR CERRADO

A los efectos estudiados, es lugar cerrado cualquier lugar cerrado, valga la redundancia, en el que se ejercita o pueda resultar afectado el derecho a la intimidad y la privacidad del ciudadano.

La Ley establece distinción entre domicilio particular y edificios y lugares públicos:

1. Edificios y lugares públicos

Se considerarán edificios o lugares públicos[13] los destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil de Estado, Provincia, Municipio o Comunidad Autónoma, aunque habiten allí los encargados; los que estuviesen destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo; otros lugares cerrados que no constituyeren domicilio particular y los buques de Estado. Según el TS, también tienen carácter de lugares públicos: bares, cafeterías, restaurantes, lugares de recreo, casas deshabitadas, jardines, automóviles.

2. Domicilio

Se entenderá por domicilio[14], a efectos de la entrada y registro en lugar cerrado: 1º Los Palacios Reales, estén o no habitados por el Monarca al tiempo de la entrada o registro. 2º El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia. 3º Los buques nacionales mercantes. 4º tratándose de personas jurídicas imputadas, el espacio físico que constituya el centro de dirección de estas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros.

Jurisprudencialmente, se considera domicilio la morada que es "aquel espacio cerrado destinado a desarrollar la vida privada e íntima de sus usuarios y que pueda configurarse como una zona de extensión de la personalidad en el espacio" y "equivale al lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus derechos", a la que equipara las chabolas o infraviviendas, la autocaravanas o caravanas adosadas a un vehículo, se encuentren estacionadas o en movimiento, la habitación arrendada, el lugar destinado a reunión, la rebotica de farmacia, la tienda de campaña, la habitación de hotel, pensión o camarote, los aseos y lavabos públicos, los despachos profesionales u oficinas, cuando no estén abiertos al público, y el domicilio de las personas jurídicas.

[13] Art. 547 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[14] Art. 554 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

III. REQUISITOS PARA ACORDAR LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO

1. Supuestos en los que no es necesaria autorización judicial

Del Ordenamiento Jurídico español y su interpretación jurisprudencial, podemos distinguir siete casos en los que la entrada y registro en lugar cerrado no requiere resolución judicial. Estos casos son:

a) Cuando el titular consienta. Dicho consentimiento precisa que la autoridad solicite el permiso de manera expresa y formal, que el consentimiento lo preste persona capaz, de manera consciente y libre ya sea de forma expresa, tácita o presunta. Todo lo anterior siempre que quien acceda sea el poseedor y dicha posesión sea mediante justo título.

El consentimiento debe haberse otorgado una vez que el ciudadano haya sido informado de sus derechos, principalmente del derecho a no consentir la entrada y registro.

Puede presumirse el consentimiento del interesado cuando *requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad*[15].

b) Cuando exista mandamiento de prisión sobre una persona y se trate de su captura.

c) Casos de flagrante delito. La jurisprudencia ha establecido los requisitos para apreciar flagrante delito, que son:

1) ***Inmediatez temporal,*** delito cometido instantes antes o estando éste cometiéndose.
2) ***Inmediatez personal y necesidad urgente***, la policía se ve obligada a intervenir para poner fin al delito, evitar su propagación y detener al autor.

El TS indica que, *por delito flagrante, en el concepto usual, hay que entender aquel delito que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con esa situación anómala y grave, porque se está produciendo un daño que debe impedirse inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento, y, además hay una razón de urgencia también para capturar al delincuente*[16].

Podemos concluir que el TS ha perfilado una definición de flagrancia restrictiva, en aras del máximo respeto al derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio.

[15] Art. 551 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[16] STS de 29 de marzo de 1990.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por otra parte, la propia LECr en su art. 795.1.1ª define cuándo se considerará delito flagrante, considerando que será cuando: el delincuente sea sorprendido en el acto delictivo; el perseguido inmediatamente después de cometer el delito mientras que el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen; también será considerado delincuente *in fraganti* quien sea sorprendido inmediatamente después de cometer el delito con efectos o instrumentos que permitan presumir la participación en el delito.

d) Cuando una persona perseguida por la policía se refugie en alguna casa.

e) Caso de persecución de terroristas.

f) Durante los estados de excepción o de sitio.

g) Caso de estado de necesidad. A los anteriores supuestos hay que añadir otro no contemplado expresamente por la CE: el "estado de necesidad" como causa de justificación (se exonera de responsabilidad a quien actúa ante un peligro o riesgo inminente y sin previa autorización judicial para preservar un derecho o un bien constitucionalmente protegido). El art. 15.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana dice que *será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.*

2. Supuestos en los que se requiere autorización judicial

Salvo los casos arriba expuestos, para la práctica de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, será necesaria autorización judicial.

La diligencia de entrada y registro es un acto indirecto de investigación que exige incoación de sumario o diligencias previas. La propia medida aconseja que se acuerde *inaudita parte,* no así su práctica[17].

Los motivos por los que se lleva a cabo la diligencia de entrada o registro son en esencia distintos. La entrada se práctica cuando hubiese indicios de encontrarse allí a la persona presuntamente responsable de hechos delictivos, con el fin de detenerla. El registro se practicará si se sospecha de la presencia de efectos del delito u otros objetos que puedan servir para el descubrimiento o comprobación del delito. Ambas diligencias son tratadas conjuntamente debido a su conexión.

Como presupuesto general, se exige la existencia de indicios de que se encuentre el procesado o de que hay efectos o instrumentos del delito en el lugar cerrado, que pueden servir para el descubrimiento o comprobación de un delito[18]. Será preciso auto del Juez de Instrucción acordando la práctica. El propio Juez

[17] STC de 5 de abril de 1999.
[18] Art. 546 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

instructor la practicará por sí mismo, podrá delegar en el Juez de Paz o Autoridad o agente de la Policía Judicial[19].

La competencia para autorizar la entrada y registro corresponde por regla general al órgano competente para instruir la causa. Excepcionalmente puede adoptarla el órgano enjuiciador[20] o la policía si concurre urgencia[21].

El auto de entrada y registro será siempre específicamente fundado,[22] en él deberán plasmarse los indicios de la estancia del imputado cuya detención se pretende o de los instrumentos del cuerpo del delito que supuestamente se encuentren en el lugar cerrado.

La motivación de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro está sujeta, con el máximo rigor, al principio de proporcionalidad, que exige la limitación del período de duración de la entrada y el número de personas que pueden acceder al domicilio, por lo que es lesiva del derecho fundamental una autorización judicial indefinida en el tiempo[23].

Al afectar a un derecho fundamental y como consecuencia del principio de proporcionalidad (a fin de evitar una utilización desmesurada de la diligencia, se debe efectuar ponderación entre el derecho fundamental vulnerado y el beneficio del interés general), el auto habrá de estar motivado, plasmando el juez el juicio de necesidad en el cual se deberán apreciar indicios racionales, deberá evidenciarse la justificación objetiva de la entrada no sirviendo las meras sospechas policiales, puesto que ello constituiría la denominada *fishin expedition* o investigación prospectiva, expresamente prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico. La infracción de estos requisitos formales, ocasionan la vulneración del derecho fundamental con la consiguiente opción del sujeto pasivo de recurrir en amparo ante el TC. Es opinión del TS que, a pesar de lo anterior, la motivación no está reñida con la concisión ni con la brevedad.

Si la entrada fuera en edificio o lugar público, no siempre será necesario el auto, bastando en ocasiones el mero aviso[24].

En el caso de domicilio particular, el acto será notificado al interesado simultáneamente a la práctica de la diligencia, debiéndose adoptar medidas por parte del juez para evitar la fuga del imputado y la ocultación de pruebas.

[19] Art. 563 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[20] Art. 546 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[21] Art. 553 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[22] Art. 558 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[23] STC de 23 de febrero de 1995.
[24] Art. 564 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En el supuesto de que la diligencia sea dispuesta por la policía por propia autoridad, la resolución podrá ser verbal, si el interesado se opusiera, los funcionarios deberán describir en el atestado la pertinencia de la medida. En cualquier caso, se dará cuenta inmediatamente al juez competente indicando las causas y resultado. Si se lleva a cabo registro, en el atestado policial deberá constar las causas y resultado del registro, las personas detenidas (en su caso) y quienes hubieran intervenido[25].

Por otra parte, deberán dar cuenta inmediata al Juez competente.

Cuando el registro sea judicial, el Letrado de la Administración de Justicia levantará acta de constancia[26] en la cual deberá constar a tenor del art. 572 LECr: *nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos.*

Es destacable el art. 575 LECr, el cual nos indica que durante la diligencia de registro: *Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa*, pudiendo ser sancionados si se negaran a ello con multa e incluso procesados por delito de desobediencia.

La dignidad del imputado no puede verse afectada, así lo refleja el art. 576 LECr, el cual nos remite al art. 552 LECr, para fijar que deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar al interesado más de lo necesario también se adoptarán las medidas necesarias para que no se vea comprometida su reputación, respetando los secretos que no tengan relación con la instrucción.

La diligencia de entrada y registro puede llevarse a cabo en edificios o lugares públicos oficiales[27]. Los presupuestos específicos para estos lugares son: oficio del juez a la autoridad o jefe de la que dependan los edificios. Si los destinatarios del oficio no responden en el plazo que se fije, se notifica auto al encargado de la custodia. Si la diligencia se pretende realizar en edificio o lugar público no oficial,[28] se requiere notificar el auto a la persona que se halle al frente del lugar o le represente. Si lo que se pretende es entrar o registrar edificios o lugares religiosos, hay que estar a los Acuerdos con la Santa Sede para la religión católica y para el resto de religiones, conforme a lo establecido en el art. 549 LECr.

Existen lugares especialmente cualificados por las normas de Derecho Internacional, entre ellos: edificios destinados a la habitación y oficina de los representantes de naciones Extranjeras acreditadas ante el gobierno

[25] Art. 553 párrafo segundo Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[26] Art. 280.1 Ley Orgánica del Poder Judicial.
[27] Art. 547 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[28] Art. 547.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

español[29]. Edificios destinados a oficina de cónsules extranjeros[30]. Buques extranjeros[31]. Aeronaves civiles extranjeras[32]. Palacios y sitios reales. En estos lugares no siempre es necesario el previo consentimiento o autorización, en algunos casos basta el mero aviso[33]. Si existe causa pendiente el Juez deberá dictar un auto, si no existiera causa pendiente la jurisprudencia entiende que no será precisa autorización judicial siendo suficiente el mero aviso.[34]. Caso de delito flagrante, la policía podrá entrar y registrar. La diligencia podrá practicarse de día o de noche indistintamente. No serán necesarios testigos sustitutos.

IV. PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO

Las actuaciones llevadas a cabo en ejecución de la autorización de entrada y registro deberán ser aquéllas comprendidas en el auto judicial, no pudiendo ir más allá, salvo ampliación judicial expresa.

Deben llevarse a cabo medidas de aseguramiento del acto, para que no se frustre la finalidad de la diligencia. Dichas medidas, tienden a evitar la fuga de la persona o la sustracción de los objetos que se buscan. Estas medidas deben adoptarse antes de que comience el acto[35] también se adoptarán cuando se suspenda temporalmente la práctica del acto de acuerdo con los arts. 570 y 571 LECr, salvo en los supuestos de los arts. 546 y 550. Las medidas a adoptar consistirán en cerrar y sellar el local o los muebles aún no registrados[36].

Cumplidos los requisitos previos, puede procederse a la entrada utilizando incluso el auxilio de la fuerza. El juez ordenará recoger las cosas de interés para el sumario[37].

Dictado auto para acordar la práctica, adoptadas las medidas de vigilancia para evitar la fuga de sospechoso o la sustracción de cosas que vayan a ser objeto de registro, se notificará a la persona interesada o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado[38].

El tema de las horas en las que puede llevarse a cabo la diligencia es importante en cuanto a que puede afectar al descanso de los sujetos pasivos afectados[39]. Por lo que, tratándose de edificios o lugares públicos podrá llevarse a cabo tanto de día como de noche, mientras que por otra parte tratándose de domicilios la entrada se llevará a cabo de día y sólo podrá efectuarse de noche si lo hace necesaria la urgencia del caso[40] o el

29 Art. 559 y 560 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
30 Art. 562 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
31 Art. 561 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
32 Art. 16 del Convenio de Chicago de 1944.
33 Art. 564 y 565 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
34 STS de 17 de septiembre de 1993.
35 Art. 567 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
36 Art. 570 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
37 Art. 574 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
38 Art. 550 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
39 STS de 2 de abril de 1998.
40 Art. 550 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

interesado o su representante consientan[41]. La circunstancia de que pueda practicarse de día o de noche debe expresarse en el auto[42]. La regla general es que la diligencia se lleve a cabo de día. Pudiéndose llevar a cabo durante la noche por especiales razones de urgencia que deberá fundamentar el juez, si el interesado se opusiere.

En el supuesto de haberse iniciado la diligencia de día y sobreviniera la noche la Autoridad ejecutora habrá de solicitar el permiso del interesado para continuar con la diligencia, si el interesado se opusiera y no hubiera razón de urgencia, se suspenderá la diligencia sellándose las puertas del local y reanudándose al día siguiente.

El Letrado de la Administración de Justicia extenderá diligencia de la entrada y registro en lugar cerrado, la cual contendrá: personas que hubieren practicado el registro, personas que lo hubieren presenciado, incidentes ocurridos, hora en que empezó y terminó, relación del registro por el orden en que se hizo, resultados obtenidos. El acta será firmada por todos los concurrentes.

Si no hubieran aparecido las personas u objetos buscados ni otros indicios sospechosos, se expedirá certificación del acta a la parte interesada, si la reclamase[43].

En caso de consentimiento del titular o de flagrante delito (no habiendo resolución judicial), la diligencia tendrá un carácter exclusivamente policial y no intervendrán el Juez ni el Letrado de la Administración de Justicia, ni habrá que notificar auto ni tendrán que intervenir testigos. Los policías actuantes darán cuenta inmediata al Juez competente con indicación de las causas y de los resultados, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Especial atención merece la doctrina sobre los **hallazgos casuales**[44]**.** El Tribunal Supremo ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el **elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad**, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexión procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad.

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto a lo largo del artículo surge la problemática central de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado cuando se trata de un domicilio y que no es otra que la colisión entre la protección del derecho

[41] Art. 570 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[42] Art. 558 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[43] Art. 569 Ley de Enjuiciamiento Criminal.
[44] STS de 23 de septiembre de 2013.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución Española y la protección del superior interés público.

La diligencia de entrada y registro domiciliaria se basa en tres elementos básicos, cuyos conceptos deben quedar definidos, a saber, la entrada, el registro y el domicilio:

La entrada en un domicilio es simplemente la acción de entrar en el mismo cualquiera que sea la finalidad que se persigue y abarca tanto el ingreso físico como la captación visual o auditiva de los acontecimientos que tienen lugar dentro del domicilio.

El registro es la indagación o búsqueda dentro del domicilio con el fin de hallar personas o cosas o averiguar datos que el titular del domicilio no quiere revelar (para lo cual la entrada es un trámite previo)

El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima (STC 22/1984), lo que liga directamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio con el derecho, más amplio, a la intimidad del art. 18.1 CE.

Los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad son fundamentales, pero no absolutos y pueden verse limitados cuando lo requiera el superior interés público, siendo la Ley quien ha de regular de forma restrictiva los casos en que ello pueda suceder, limitándose a tres: consentimiento del titular, autorización judicial o en caso de flagrante delito. A los anteriores tres supuestos tasados hay que añadir otro no contemplado expresamente por la CE: el "estado de necesidad" como causa de justificación (se exonera de responsabilidad a quien actúa ante un peligro o riesgo inminente y sin previa autorización judicial para preservar un derecho o un bien constitucionalmente protegido ex art. 15.2 de la Ley Orgánica sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana). Si bien la regulación legal es insuficiente y ha venido siendo aclarada por la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y del Tribunal constitucional.

Así mismo, la limitación de estos derechos fundamentales no solo se contrae a los casos expuestos si no que, además, tan solo podrá practicarse la diligencia de entrada y registro domiciliaria cuando se persigan determinados fines que lo justifiquen, debiendo ser la "última ratio", cuando no existan medidas menos lesivas para obtener el fin y que permitan la obtención de pruebas y/o instrumentos del hecho delictivo o para identificar al culpable. Y todo ello, indudablemente, deberá responder a los principios de legalidad, judicialidad, necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, que deberán ser ponderados por el Juzgador al autorizar la medida mediante auto suficientemente motivado en el que deberá decidir, en caso de colisión, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE o alguno de los derechos o intereses constitucionalmente protegidos con los que entra en conflicto.

De lo expuesto "ut supra" surge la necesidad de analizar las denominadas investigaciones prospectivas o *fishing expedition,* que no es otra cosa que solicitar al juez diligencias de investigación para obtener pruebas

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

"a ciegas" a ver si "se pescan" pruebas para imputar delitos sobre los que solo se tienen sospechas, pero no indicios claros que justifiquen medidas vulneradoras de derechos fundamentales analizando grandes cantidades de información irrelevante buscando algo para imputar a un individuo, lo que, a todas luces, está prohibido por el Ordenamiento Jurídico español y que deben ser denegadas de plano por el Juzgador cuando le son interesadas, ya sea por la Policía Judicial, por las acusaciones particulares e, incluso, por el Ministerio Fiscal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO DE ANTONIO, A.L, *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución Española de 1978,* Colex, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje,* 2011.

ARAGÓN REYES, M. La inviolabilidad del domicilio. *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1998.

BUJOSA VADELL, L. Limitación temporal en la instrucción de las causas penales: consecuencias de no poder concluirse en plazo, *Práctica penal,* nº 82, 2016.

FIGUEROA NAVARRO, M.ª C. Las diligencias de entrada y registro domiciliario, *La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario,* 2004.

GARCÍA URETA, A. *El domicilio y su régimen jurídico,* Lete argitaletxea, Bilbao, 2007.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal,* Colex, Madrid, 2007.

GUIMERÁ FERRER-SAMA/R. VIDAL PÉREZ DE LA OSSA A. Asistencia de abogado al detenido. Intervención en diligencias, *Práctica Penal*, nº 88.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A; Prólogo de PICÓ I JUNOY J. *Las diligencias policiales y su valor probatorio,* Bosch, Barcelona, 2014. GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J *La inviolabilidad del domicilio,* TECNOS, Madrid, 1992.

LONDOÑO AYALA, C.A *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal,* Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2009.

LORCA NAVARRETE, A.M, *Derecho procesal penal,* TECNOS, Madrid, 1986.

LUZÓN CUESTA, J.M, *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario,* Colex, Madrid, 2000.

RIVES SEVA, A.P, *La diligencia de entrada y registro domiciliario.* Bosch, Barcelona, 2004.

JURISPRUDENCIA: STS de 8 de junio de 2017, STS de 18 de julio de 1991, STS de 8 de mayo de 1995, STS de 4 de marzo de 1997, STS de 17 de enero de 2002, STS de 20 de diciembre de 1999, STS de 29 de marzo de 1990, STS de 17 de septiembre de 1993, STS de 2 de abril de 1998, STS de 23 de septiembre de 2013, STS de 20 de abril de 2016, STC de 5 de abril de 1999, STC de 5 de abril de 1999.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

CUESTIONES PROCESALES SOBRE EL VOLCADO EN LOS REGISTROS DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE DATOS

Oscar Vos Benítez

Responsable Departamento Procesal de *Iurisconsult* Abogados. Profesor en el Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de UDIMA

SUMARIO: *I. Marco jurídico general. 1. El Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia y la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la LECr. 2. La resolución judicial habilitante: principios. 3. Derechos fundamentales afectados. II. Un concepto clave: la cadena de custodia. 1. Cadena de custodia y mismidad. 2. Licitud de la prueba. III. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Metodología para la obtención de la evidencia: el volcado de datos. 1. Conceptos generales. 2. El volcado de datos. 3. Hash y cadena de custodia. 4. Conservación de las evidencias. Desprecinto. 5. Hallazgo casual y utilización de información descubierta en otros procedimientos. IV. Conclusiones*

I. MARCO JURÍDICO GENERAL

1. El Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia y la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la LECr

El 17 de diciembre de 2010 se publicó en el BOE el Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. El artículo 14 de dicho texto obligaba a los estados a adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para establecer los poderes y procedimientos previstos para los fines de investigaciones o procedimientos penales específicos. Y, en particular, para la obtención de pruebas electrónicas de un delito, garantizar una protección adecuada de los derechos humanos y de las libertades, Contemplando también la obligación de cada estado de regular sobre el registro y confiscación de datos informáticos, la obtención en tiempo real de datos de tráfico e interceptación de datos sobre contenido. Es decir, en un contexto social donde crece la delincuencia que se produce mediante nuevas tecnologías o las utiliza para procurar su impunidad, los estados deben regular cómo articular la lucha contra esas nuevas formas de delincuencia compaginándola con la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica introdujo en el ordenamiento español los artículos 588.bis.a). a 588.octies relativos a medidas de investigación tecnológica, Según su Exposición de Motivos, se promulga -ante las poderosas herramientas de investigación que están al alcance de los poderes públicos- por la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.

Es decir, el legislador es consciente de que existe un nuevo contexto delincuencial, de que los poderes públicos tienen la capacidad de utilizar herramientas muy avanzadas tecnológicamente para perseguir las nuevas fórmulas delictivas, de que los tribunales habían ido haciendo una labor de perfilación de la compatibilidad entre esas herramientas de investigación y los derechos de los ciudadanos, pero que dicha labor no resultaba suficiente, siendo necesario dejar plasmado en la norma esa realidad.

2. Principios de la resolución judicial habilitante

No es casual, en consecuencia, que la primera novedad legislativa del artículo 588.bis.a) de la LECr. se dedique a los principios rectores de los medios de investigación tecnológicos que deben regir para que una resolución judicial goce de validez; principios que en gran medida ya se venían aplicando jurisprudencialmente con anterioridad a pesar de no estar expresamente previstos en la ley. No olvidemos que estas medidas de investigación pueden traspasar la frontera de protección del artículo 18 CE en todas sus vertientes (intimidad, privacidad o entorno digital a los que haré una breve referencia más adelante). Ese artículo 588.bis.a) LECr. informa todos los métodos de investigación a los que la norma. se refieren en los preceptos sucesivos, debiendo ser siempre respetados sus criterios.

El principio de especialidad exige que la medida de investigación acordada se dirija a la averiguación de un delito concreto, no pudiéndose autorizar aquellas que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos en general, o simplemente, confirmar o descartar una mera sospecha. Se prohíbe, en definitiva, el uso prospectivo de estas medidas de investigación.

El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo de la medida; la idoneidad habrá de analizase en cada caso en función de su utilidad para la investigación concreta de que se trate, y opera como límite para evitar medidas intrusivas que sirvan a fines distintos, evitando evitar que se sacrifiquen derechos fundamentales del investigado y de terceras personas cuando ello no vaya a reportar beneficio alguno a la investigación[1]. El principio de especialidad comporta que se haya ponderado que no existen otros medios de investigación menos gravosos para los derechos fundamentales del investigado y que sean igual de útiles a los fines de la investigación concreta de que se trate. Por último, el principio de necesidad requiere comprobar que la investigación penal se verá gravemente perjudicada si no se acuerda la medida de investigación concreta.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncia expresamente sobre estos principios en la Sentencia nº 484/2025 de 28 de mayo[2].Dictada en el marco de un proceso relativo a la aprehensión de una cantidad

[1] DE PAULA SÁNCHEZ-MEDRANO, FRANCISCO. "El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información" Revista Derecho y Proceso, n.º 1, junio 2022. ISSN: 2951-844X.

[2] STS Sala Segunda nº 484/2025 de 28 de mayo, ES:TS:2025:2463. Id Cendoj:28079120012025100510.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

considerable de droga utilizando dispositivos de escucha como medida de investigación hace hincapié en la ponderación de intereses entre el sacrificio de derechos y el beneficio obtenido para el interés público de la investigación, en función de la gravedad del hecho o su trascendencia social.

3. Derechos fundamentales afectados

Es una evidencia que la evolución de la realidad social determina que el concepto clásico de intimidad resulta insuficiente para abarcar la protección de las nuevas esferas donde se mueven los individuos. La información que se almacena en un dispositivo electrónico afecta a la esfera más íntima de la persona, encontrándose dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido.

El derecho fundamental a la intimidad contenido en el artículo 18 CE protege un ámbito reservado que se relaciona con la acotación que cada persona realice de su esfera personal y que resguarda y protege de la curiosidad ajena. Corresponde a cada individuo, en definitiva, acotar el ámbito de que reserva al conocimiento ajeno, según tiene declarado el Tribunal Constitucional.

Por otro lado, está el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 8 CEDH. Afirma CAZURRO BARAHONA[3] que *pertenece a los llamados derechos personalísimos o de la personalidad que están ligados a la existencia misma del individuo y que, por lo tanto, trata de satisfacer la necesidad de un ámbito propio y reservado de los individuos, necesario para mantener una determinada calidad de vida mínima y para el desarrollo de la personalidad. Todos los bienes jurídicos protegidos por el artículo 8 del CEDH sirven al objetivo de garantizar esa cierta esfera autónoma de actuación y desarrollo personal: su privacidad.* Es decir, tanto el ordenamiento europeo como nuestro ordenamiento interno garantizan que hay una esfera del individuo a la que está vedado acceder si no es con su consentimiento o mediante una resolución judicial fundada en Derecho.

Y en ese contexto, el Tribunal Supremo ha ido elaborando un cuerpo de jurisprudencia que, superando de alguna manera en estricto término "intimidad" se refiere al "entorno digital" de la persona como un derecho fundamental susceptible de protección en ese nuevo marco en el que se desarrolla la vida de las personas en la sociedad actual y que abarca toda la información en formato electrónico: […] *existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital*[4]. La muy reciente Sentencia de la Sala Segunda nº

[3] CAZURRO BARAHONA, VÍCTOR "Antecedentes y fundamento del Derecho a la protección de datos" Capitulo 3º. "El modelo europeo: la privacidad, un derecho fundamental". J.M. Bosch Editor, Año 2020 ISBN: 978-84-121579-2-5.

[4] STS Sala Segunda nº 342/2013 de 17 de abril, Id Cendoj: 28079120012013100359.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

254/2026 de 26 de marzo[5] de 2026 cita expresamente la anterior y se pronuncia en parecidos términos. También se ha referido como *un derecho de nueva generación que serviría para alumbrar y justificar distintos escalones de protección jurisdiccional*[6].

II. UN CONCEPTO CLAVE: LA CADENA DE CUSTODIA

1. Cadena de custodia y mismidad

La cadena de custodia, como tal, no se encuentra definida en ningún precepto procesal concreto en el ordenamiento español. La referencia más explícita la tenemos en el artículo 318 LECr que, al referirse a los efectos del delito, ordena su sellado y conservación. Es un concepto que viene a designar un proceso de tracto sucesivo: un conjunto de diligencias, normalmente de carácter policial, mediante las cuales se identifican el cuerpo, los instrumentos o los efectos del delito, y a través de las cuales se refleja documentalmente el *iter* o proceso investigador al que aquéllos son sometidos, de manera que queda garantizada la identidad entre el objeto inicialmente incautado o decomisado, y el finalmente identificado o investigado, que ha de servir como medio de prueba en el juicio oral. Íntimamente relacionado con ese concepto, está el de "mismidad", es decir, que las evidencias recogidas en el proceso de investigación sean idénticas a las que se presentan a juicio para que allí adquieran el carácter de prueba. O sea, la cadena de custodia garantiza la mismidad del objeto y los vestigios del delito que se presentan a juicio.

Así lo afirma en múltiples resoluciones la Sala Segunda del Tribunal Supremo; de las más recientes, la STS nº 241/2026 de 25 de marzo de 2026[7] *el problema que plantea la cadena de custodia «es garantizar que, desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito, hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello, sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal, es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como se satisface la "mismidad" de la prueba […], es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento.* Es también jurisprudencia unánime que los problemas relativos a la cadena de custodia no afectan a la validez de la prueba sino a su fiabilidad como afirma la STS nº 270/2026 de 8 de abril[8].

2. Licitud de la prueba

La ya citada STS nº 489/2018 de 23 de octubre marcó una pauta en cuanto a la licitud de la prueba en un supuesto de obtención de evidencias en un proceso de investigación interno llevado a cabo en una empresa para investigar a un empleado. Citada después en otras resoluciones de la propia Sala Segunda (por ejemplo,

[5] STS Sala Segunda nº 254/2026 de 26 de marzo, Id Cendoj: 28079120012026100224.
[6] STS Sala Segunda nº 489/2018 de 23 de octubre, Id Cendoj: 28079120012018100512.
[7] STS Sala Segunda nº 241/2026 de 25 de marzo, Id Cendoj: 28079120012026100247.
[8] STS Sala Segunda nº 270/2026 de 8 de abril.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

las STS 89/2023, 10 de Febrero de 2023, STS 971/2022, 16 de Diciembre de 2022 o STS 857/2024, 10 de Octubre de 2024) y en numerosas sentencias de diversas Audiencias Provinciales y TSJ, la doctrina que contiene respecto de la llamada conexión de antijuridicidad has trascendido incluso del orden penal, siendo aplicada hasta en resoluciones de la Sala Tercera de lo Contencioso (por ejemplo, la STS 1122/2024, de 25 de Junio de 2024).

Esta resolución, aun poniendo en valor la pulcritud de la técnica forense con la que se realizó la inspección del ordenador del cual se obtuvo la información (siendo unos hechos anteriores a la reforma de 2015 de la LECr., se utilizaron por la empresa métodos de investigación muy limpios que la propia FGE recomendaría luego como buenas prácticas en sus circulares del año 2019), viene a resaltar que -a pesar de ello- sólo el consentimiento del afectado o una resolución judicial habilitante otorga licitud a la obtención de la prueba tecnológica.

Declara esta sentencia que […] *las comunicaciones y determinados espacios de privacidad (el domicilio, los aparatos de almacenamiento masivo de datos) se blindan legalmente con murallas que constituyen la materialización de la protección del derecho fundamental, abstracción hecha de que en concreto se identifique una violación material de la intimidad. Esa muralla sólo cede en virtud del consentimiento del afectado o de autorización judicial*. Lo cual, trae como consecuencia que (i) lo que vicia una prueba es el acceso no legítimo, siendo indiferente que aparezcan o no ex post datos vinculados a la intimidad; (ii) la evaluación sobre la vulneración de derechos debe hacerse ex ante en todo caso; independientemente de si se han obtenido o no elementos sensibles desde el punto de vista de la privacidad, debiendo realizarse una valoración apriorística y no a expensas de los resultados obtenidos; y (iii) la legitimidad no deriva del contenido obtenido, ni de la forma de acceso más o menos intrusiva, sino del acceso inconsentido (o, en su caso, de una defectuosa resolución habilitante, se podría añadir a mi juicio, si la investigación hubiese sido ordenada por un juzgado). Y ese acceso inconsentido no necesariamente tiene que ser delictivo, como declaró la Sala Segunda en la llamada *Sentencia Falciani*[9].

III. REGISTRO DE DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN. METODOLOGÍA PARA LA OBTENCIÓN DE LAS EVIDENCIAS: EL VOLCADO DE DATOS

El marco jurídico de esta medida de investigación viene definido en el artículo 588.sexies de la LECr. Sus notas básicas son: (i) cuando se da una incautación en el marco de un registro domiciliario, la resolución podrá, además de autorizar el acceso a la información, autorizar la realización de copias. Pero fijará, obligatoriamente, las condiciones para asegurar la integridad de los datos y las condiciones de su preservación para su posterior análisis; (ii) se tratará de evitar la incautación de los soportes físicos si con ello se produce

[9] STS Sala Segunda nº 116/2017 de 23 de febrero, Id Cendoj: 28079120012017100115.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

un notable perjuicio a su propietario; (iii) puede accederse a otros sistemas de almacenamiento desde el sometido a la medida de investigación si están accesibles desde este y el acceso es lícito pudiendo esta facultad ser autorizada ab initio por el juzgado instructor o bien ser ampliado el registro a petición de la fuerza policial o el Ministerio Fiscal; (iv) en casos de urgencia, si es imprescindible y hay interés constitucional, cabe la posibilidad de examinar directamente el dispositivo incautado.

1. Conceptos generales

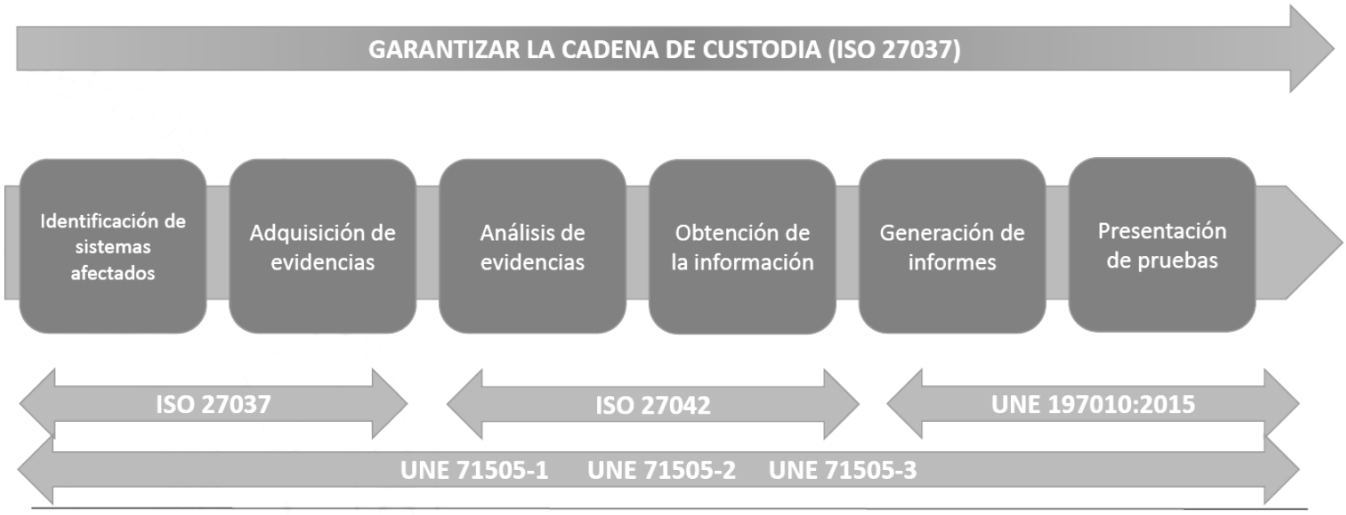
Descrito el marco legal y constitucional que afecta a estas medidas de investigación tecnológicas, éste debe concretarse en la maniobra técnica que permite la captación de información para su posterior análisis. Según el perito forense RUBIO ALAMILLO[10], el proceso de análisis de una evidencia informática debe constar de varios subprocesos: (i) identificación de la evidencia: dentro del escenario físico que va a ser investigado, identificar qué objetos se corresponden con evidencias informáticas; (ii) preservación de la evidencia: tiene que ver con la cadena de custodia de la misma y deberá ser custodia por funcionarios policiales o judiciales; (iii) adquisición o volcado de la evidencia: consiste en el traslado de la información del soporte original a un soporte informático (como una memoria USB o un disco duro), garantizando que la información volcada -y, por tanto, almacenada en el soporte de destino- sea una imagen espejo de la original; es decir, exactamente igual a ella, sin que se pueda añadir, eliminar o modificar información; (iv) el análisis forense; (v) la presentación de las conclusiones.

En pericia forense, existen normativas de uso común que permiten la homogeneización de prácticas: la norma UNE 197010:2015 (Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales); la norma ISO 27037 (Indicaciones para la identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencias); la norma ISO 27042 (Análisis e interpretación de evidencias); la norma UNE 71505-1 (Tecnologías de la Información (TI). Sistema de Gestión de Evidencias Electrónicas (SGEE). Parte 1: Vocabulario y principios generales); la norma UNE 71505-2 (Tecnologías de la Información (TI). Sistema de Gestión de Evidencias Electrónicas (SGEE). Parte 2: Buenas prácticas en la gestión de las evidencias electrónicas); la norma UNE 71505-3 (Tecnologías de la Información (TI). Sistema de Gestión de Evidencias Electrónicas (SGEE). Parte 3: Formatos y mecanismos técnicos); y la norma ISO 27037 adecuada para la cadena de custodia, identificación de sistemas afectados y adquisición de evidencias.

[10] RUBIO ALAMILLO, JAVIER. Ingeniero Superior en Informática. Perito informático. "Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales". Diario La Ley, Nº 22, Sección Ciberderecho, 25 de octubre de 2018.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

A modo de resumen[11]:



El registro de dispositivos de almacenamiento masivo se refiere o cubre la incautación física y el posterior volcado (o copia directa si la incautación del dispositivo causa una grave perjuicio a su propietario, como marca el artículo 588.sexies de la LECr) del contenido de ordenadores, teléfonos móviles, tabletas, discos duros externos, memorias USB, cámaras fotográficas, servidores, GPS y cualquier otro dispositivo de almacenamiento masivo, incluyendo el acceso a repositorios telemáticos de datos (lo que permite encuadrar legalmente el acceso a algunos servicios en la nube directamente accesibles desde el dispositivo incautado).

2. Volcado de datos

Se trata del proceso que consiste en extraer y copiar el contenido de un dispositivo para almacenarlo en otro. ACERO RINCÓN[12] diferencia entre los distintos tipos de extracción de datos:

- Adquisición física (también denominada "clonado"). Consiste en realizar una réplica idéntica del original por lo que se preservan la totalidad de las evidencias. Este procedimiento presenta la ventaja de que es posible buscar elementos eliminados.;
- Adquisición lógica. Consiste en realizar una copia de objetos almacenados en el dispositivo. Para ello, se utilizan los mecanismos implementados de manera nativa por el fabricante y que son utilizados de manera

[11] MAIRATA DE ANDUIZA, FERNANDO. Ponencia on line "Presentando la evidencia digital como prueba". Centro de Estudios financieros, mayo de 2020.
[12] ACERO RINCÓN, MARTA. "Dispositivos de almacenamiento masivo. Volcado de datos y cadena de custodia." Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado Nº 2/2025 Julio ISSN 2792-226X.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

habitual para sincronizar el terminal de un ordenador; de modo que se solicita la información deseada al sistema operativo del dispositivo;

- Adquisición del sistema de ficheros. Permite obtener todos los ficheros, lo que incluye aquellos que hayan sido eliminados o que estén en particiones ocultas.

Metodológicamente, la práctica forense aboga por la creación de una copia-espejo (o copia bit a bit) de la información original frente a la realización de una copia lógica -o parcial-, selectiva de carpetas o ficheros concretos; copia que debe ser firmada digitalmente con un hash para garantizar la perfecta identidad entre el original y la copia. Como afirma GONZÁLEZ REYES, el clonado implica una extracción física de datos. Esto significa que se realiza una copia bit a bit de todo el dispositivo de almacenamiento, que incluye no solo los archivos y datos visibles y sus metadatos, sino también los espacios no asignados, los archivos borrados que aún puedan ser recuperados y los datos ocultos[13]. La selección de ficheros mediante la indexación de búsqueda selectiva implica una interacción con el contenido del dispositivo que complica el aseguramiento de la mismidad de la prueba al requerir la utilización de herramientas de búsqueda ciega. El perito forense RUBIO ALAMILLO[14], encuentra importantes diferencias entre los dispositivos móviles y el resto de los soportes, sobre la posibilidad de garantizar la mismidad de la evidencia puesto que al estar éstos permanentemente conectados, esa conexión genera constantes cambios y la huella digital que garantiza la mismidad no será idéntica.

Para trabajar con las evidencias, resulta aconsejable la realización de dos copias; una para ser conservada y otra con la que realizar el análisis de los datos. El procesado de la información o las funciones de indexación en las búsquedas alteran el contenido, con lo cual, de trabajarse con el original, quedaría contaminada la prueba. Pero también resulta técnicamente viable la realización de lo que se llama imagen forense, que se almacena en un archivo que permite su análisis sin producir dicha alteración. De hecho, la FGE en su Circular 5/2019 aboga expresamente por esta práctica de la doble copia para garantizar la integridad de la prueba.

Cualquiera de esas operaciones requiere de la utilización de un hardware especializado (usualmente, clonadora forense) y un software que garantice que la copia se realiza sin alteración. Usualmente, la copia bit a bit se efectúa con el equipo apagado, a fin de garantizar que no se realicen modificaciones que puedan alterar la identidad entre la copia y el equipo copiado.

3. Hash y cadena de custodia

El hash es un algoritmo matemático (también denominado función resumen, huella digital o *digest* criptográfico) que transforma cualquier conjunto de datos (texto, imagen, documento) en una serie

[13] GONZÁLEZ REYES, JOSÉ MIGUEL: "La prueba pericial digital y la cadena de custodia". Universidad de La Laguna. Anales de la Facultad de Derecho. 38. septiembre 2021. Págs. 43-79. ISSN 0075-773X.

[14] RUBIO ALAMILLO "Cadena de custodia y análisis forense".

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

alfanumérica única de longitud fija que funciona como identificador único de ese conjunto de datos concreto. Actúa como una huella digital inalterable, lo que significa que, si los datos de entrada cambian mínimamente, el hash resultante será totalmente distinto. Sería como obtener el ADN de una persona. Cada evidencia digital debe llevar su propio código hash que garantiza su autenticidad. En la actualidad, el estándar de referencia en investigaciones forenses es el algoritmo SHA-256 -*Secure Hash Algorithm 2, variante 256 bits*- (sistema de funciones criptográficas de la Agencia de Seguridad Nacional de los EEUU publicadas por el National Institute of Standard and Technologies).

¿Cómo se realiza el hasheado en la práctica forense? Debe seguir un protocolo preciso que integra el cálculo del hash en el procedimiento de cadena de custodia. Se pueden señalar varios pasos necesarios para su garantía. En primer lugar y antes de cualquier operación, ha de aislarse el dispositivo de la red y conectarlo al equipo forense mediante un *write blocker* (bloqueador de escritura) que garantiza que no se escribe ningún dato en el soporte original durante la lectura. Sin *write blocker,* el mero acto de conectar el dispositivo al ordenador puede modificar algunas características del sistema de ficheros, lo que altera el contenido a copiar y, con él, el hash.

Una vez aislado, la herramienta forense calcula el hash del soporte original antes de iniciar el volcado. Este valor queda registrado en el log de la herramienta y en el acta levantada por el operador (o el LAJ, en su caso). Representa el estado del dispositivo en el momento de comenzar la extracción. A continuación, se realiza el volcado propiamente dicho (la copia bit a bit a la que me refería antes) y, por último, una vez completado el volcado, la herramienta calcula el hash de la imagen forense generada. Si el proceso ha sido técnicamente correcto, este hash debe ser idéntico al calculado sobre el original antes de comenzar la extracción de los datos. La coincidencia de ambos valores acredita que la copia es una réplica exacta del original, sin ninguna alteración. Una vez efectuadas dichas operaciones, debe confeccionarse un acta del volcado en la que quedan recogidos los dos valores hash (del original y de la copia), el algoritmo utilizado, la herramienta empleada con su número de versión, la fecha y hora del proceso y los datos del dispositivo (marca, modelo, número de serie, IMEI si procede). El acta del proceso es fundamental para la cadena de custodia.

Y es en este momento donde surge la pregunta sobre si es necesaria la presencia del LAJ durante todo el proceso, desde la conexión, hasta el cálculo final del hash. En la cadena de custodia, como bien afirma ACERO RINCÓN[15], entra en juego el artículo 588.sexies.c.1º LECr. al establecer que la resolución del Juez fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial con especial atención al proceso de volcado (*el*

[15] ACERO RINCÓN. "Dispositivos de almacenamiento masivo. Volcado de datos y cadena de custodia.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

auténtico escollo se encuentra en eliminar cualquier posibilidad de manipulación desde el momento de la incautación hasta el momento de la extracción).

A estos efectos de aseguramiento de la limpieza en la obtención de la evidencia, FERNÁNDEZ-GALLARDO[16] abogaba en 2020 -ya con el régimen jurídico actual de la LECr. en vigor- claramente por la presencia del LAJ en el proceso como garantía de legalidad que asegura el cumplimento de los requisitos legales, de autenticidad de los hallazgos descubiertos, pues reflejará en la correspondiente acta todas las circunstancias que permitan la identificación del dispositivo intervenido, y adoptará las medidas para preservar su integridad, que se traducen en su oportuno precinto. También el perito RUBIO ALAMILLO[17] consideraba que es el LAJ quien otorga veracidad al volcado de la evidencia, cuestión que me parece curiosa, pues destila una especie de desconfianza en el proceder del técnico que accede a los datos a pesar de que lo haga con todas las cautelas a las que ya me he referido, descargando la responsabilidad en el fedatario judicial. La FGE en su Circular 5/2019, en cambio, no lo considera necesario en todos los casos, distinguiendo entre los casos de clonado y los de realización de copia lógica, así como refiriéndose específicamente a su necesariedad en el proceso de desprecinto, en los cuales sí entiende adecuada dicha presencia.

Por mi parte, entiendo que, si la resolución habilitante es lo suficientemente precisa a la hora de detallar lo que la unidad investigadora debe hacer, no resulta imprescindible la presencia del fedatario. La circunstancia 6ª. del artículo 588.bis.b). LECr. permite al órgano instructor delimitar las facultades que tiene la unidad policial investigadora para realizar estos procesos, además de que la tecnología disponible en el mercado permite como hemos descrito, garantizar la mismidad de la prueba. Ahora bien, comparto la distinción que hace la FGE ya que los supuestos de copia lógica requieren de utilización de herramientas de búsqueda ciega[18] que interaccionan con el dispositivo de almacenamiento, de modo que debe garantizarse que esas herramientas respetan la esfera de privacidad a la cual la resolución habilitante no autoriza a entrar. A esas herramientas de búsqueda se les proporcionan parámetros a través de palabras clave que permiten delimitar el objeto de la indagación y, en consecuencia, evitar tal invasión y potencial vulneración de derechos

[16] FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL. "El Acceso al Entorno Virtual del Investigado" Revista Jurídica de Castilla y León, Número 51, junio de 2020. ISSN: 2254-3805.

[17] RUBIO ALAMILLO "Cadena de custodia y análisis forense".

[18] RUBIO ALAMILLO, JAVIER (https://peritoinformaticocolegiado.es/blog/peritaje-informatico-utilizando-busquedas-ciegas-para-evitar-acceder-a-informacion-privada/) *Una "búsqueda ciega" es, como su propio nombre indica, una búsqueda; pero no se trata de una búsqueda de información al uso, sino que es una búsqueda explícita de información en la que, a través de un patrón concreto y, utilizando una herramienta forense de rastreo secuencial de la evidencia, la cadena o patrón es buscado en toda ella, mostrando al perito informático todas y cada una de las ocurrencias de la misma, así como el nombre y ubicación del fichero en el que se encuentran dichas ocurrencias (ya sean ficheros incluidos en el índice del sistema de ficheros, o archivos ya eliminados de dicho índice, o incluso si las ocurrencias se encuentran en el espacio libre del disco, una vez los ficheros que contenían el patrón fueron borrados y sobrescritos).*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

fundamentales. Pero ese proceso, que es mucho más complejo jurídicamente que la copia bit a bit, sí debe quedar detallado por la fe pública judicial.

En todo caso, es un debate que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto ya, optando por la innecesaridad de dicha presencia y al amparo del artículo 588.sexies de la LECr. Por ejemplo, la STS 777/2022 de 22 de septiembre de 2022[19].

4. Conservación de las evidencias. Desprecinto

Una vez recopiladas las evidencias en la investigación penal, surge el problema de su conservación. La práctica forense aconseja que dicha conservación se realice mediante bolsa de Faraday. Se trata de un contenedor fabricado con materiales conductores (por ejemplo, láminas de cobre, aluminio o acero trenzado) que actúa como una jaula de Faraday portátil bloqueando los campos electromagnéticos externos e impidiendo que el dispositivo introducido en ella emita o reciba señales de radiofrecuencia[20]. Las bolsas forenses certificadas extienden este principio a las frecuencias de radiofrecuencia relevantes en la telefonía y las comunicaciones digitales actuales.

Desde mi punto de vista, se trata de una cautela de relevancia pues, en investigaciones críticas por la importancia de los delitos investigados, el volumen de dispositivos incautados, los intereses en juego o cualquier otra circunstancia, preservan las evidencias de potenciales ataques exteriores. Resulta especialmente importante en el caso de los dispositivos móviles, que mantienen en la actualidad conexiones permanentes, lo cual es un claro factor de vulnerabilidad. Basta un ejemplo sencillo: los actuales sistemas de localización remota de smartphones (*Find My Iphone* en sistemas iOS como *Find my Device de Google* para sistemas Android) permiten al propietario el borrado a distancia del dispositivo; es una herramienta útil para su propietario en caso de sustracción, pero, del mismo modo, permite a cualquier persona con acceso a las credenciales de la cuenta de correo asociada al dispositivo activar ese borrado, lo cual podría frustrar una investigación judicial. La bolsa de Faraday aísla el dispositivo de cualquier red (4G, 5G, GPS, conexión Wifi. Bluetooth, etc.) e impide el acceso. De hecho, en el caso de los dispositivos móviles, el volcado y clonado de los datos debe realizarse con el dispositivo ya aislado para evitar que cualquier conexión a la red pueda modificar los datos y no permitir la identidad del hash inicial y final. Y no es difícil para usuarios con un cierto nivel de destreza acceder al dispositivo incluso cuando está apagado. Es por eso por lo que el dispositivo debe introducirse en la bolsa en el mismo momento de la aprehensión. RUBIO ALAMILLO[21] advierte de las dificultades técnicas que conlleva el volcado de telefonía móvil por su permanente conexión, y en relación con

[19] STS Sala Segunda nº 777/2022 de 22 de septiembre de 2022, Id Cendoj:28079120012022100749.
[20] El principio físico subyacente, descrito por Michael Faraday en 1836, consiste en que las cargas eléctricas de un conductor se redistribuyen en su superficie exterior de tal modo que el campo eléctrico interior resulta nulo.
[21] RUBIO ALAMILLO "Cadena de custodia y análisis forense".

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la necesidad de asignar el hash que garantiza la identidad, por lo que se inclina por el uso de este tipo de elementos de protección.

Respecto del desprecinto de las evidencias, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS[22] ya decía, incluso antes de la reforma de 2015 de la LECr, que el concurso del LAJ es necesario e imprescindible en esa fase de acceso a las evidencias una vez que han quedado bajo la custodia del fedatario judicial a fin de permitir la fiscalización de las cadenas de custodia en los procesos. Es cierto que el artículo 588,bis.k LECr. encomienda a los LAJ la custodia de las copias de las evidencias utilizadas en las investigaciones penales. Sin embargo, la jurisprudencia no considera necesaria esa presencia. El Tribunal Supremo se inclina -con carácter general- por entender que, si no hay evidencias fundadas de ruptura de la cadena de custodia, la mismidad de la prueba está garantizada, pero, además, en ese concreto aspecto del desprecinto, afirma expresamente la innecesariedad de esa presencia en base a que la norma procesal no lo exige (STS nº 429/2019, 27 de septiembre[23]).

5. Hallazgo casual y utilización de información descubierta en otros procedimientos

El artículo 588.bis.i) de la LECr. contempla la posibilidad de utilizar las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales remitiéndose a la regulación contenida en el artículo 579 bis de la LECr. Este precepto requiere, lógicamente, acreditar que la injerencia en la esfera privada del investigado deber haberse realizado mediante la correspondiente resolución judicial en el procedimiento de origen donde se ha producido el hallazgo, deducir los particulares objeto tal hallazgo casual y solicitar seguidamente la correspondiente autorización al juez competente acreditando la imposibilidad de haber solicitado la medida de investigación en su momento por falta de indicios o sospechas fundadas de la existencia de ese nuevo e inesperado objeto de investigación. En caso contrario, no se podría utilizar ni incorporar esa información obtenida de manera casual.

Existen numerosas resoluciones judiciales al respecto, Ahora bien, merece siquiera un breve comentario los problemas que plantea la cooperación jurídica entre países cuando se producen hallazgos casuales de delitos cometidos en otros estados miembros de la Unión a los que le resulta de interés disponer de esa información. En concreto, se ha presentado el caso del uso de herramientas de comunicación encriptadas por redes de narcotráfico, las cuales, siendo intervenidas arrojan información sobre otros delitos en otros estados; es el caso de la aplicación llamada "EncroChat". Es una aplicación informática que se instala en los teléfonos móviles y permiten una comunicación privada de mensajes escritos, fotos, vídeos, audios, que busca evitar la

[22] GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, ANTONIO. "Incorporación al proceso penal del material informático intervenido durante la investigación penal." Boletín del Ministerio de Justicia, febrero de 2014, ISSN: 1989-4767.
[23] STS Sala Segunda nº 429/2019 de 27 de septiembre. Id Cendoj:28079120012019100487.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

interceptación por las autoridades judiciales. Instalada la app para encriptar las comunicaciones se cierran el resto de las funciones del teléfono móvil y carecen de identificación del usuario de la SIM.

En el caso concreto, las autoridades de Francia, que habían interceptado conversaciones efectuadas a través de esta herramienta por parte de una red de narcotráfico, ofrecen a las autoridades españolas una copia de estas, pero conteniendo únicamente aquello que resulta de interés para los delitos que la red estaba cometiendo en España; no el material interceptado en su integridad. Producida la entrega, la Fiscalía Antidroga acordó que el disco duro quedará depositado de forma segura, y, posteriormente, autoriza la realización de una copia forense de la evidencia original entregada por Francia, así como la realización de un análisis de la información para tratar de determinar: i) si había elementos suficientes para iniciar una investigación; y ii) si existían elementos relacionados con una investigación ya iniciada por las autoridades españolas y, en caso de ser así, si la evidencia analizada aporta algún dato relevante, autorizando, en su caso, a la aportación del resultado de los análisis a un proceso judicial ya en curso.

El debate procesal y objeto de impugnación por parte de las defensas estuvo en contenido de los datos entregados por Francia en el marco de una Orden Europea de Investigación, que no eran los originales sino una copia que contenía los datos que las autoridades francesas seleccionaron una vez la información incautada fue analizada para entregar únicamente aquellos que podían ser de interés para España. Y también se discutió que los datos que se incorporaron a los procesos en España no eran los recibidos de Francia, sino los que fueron objeto de análisis y selección por parte de la UCO española en función de su relación con los procesos que estaban abiertos en España. Es decir, el problema planteado está en la existencia de una doble manipulación: una sobre los datos originales, y otra, sobre los datos entregados a España.

La Sentencia del Pleno de la Sala Segunda nº 854/2025, 16 de octubre, analizando en casación (además de abundar sobre la diferencia entre una OEI de obtención de pruebas y una OEI para la transmisión de pruebas), en su punto 2.3.2. del fundamento de derecho primero pasa a fijar la doctrina en lo que se refiere a la incorporación de los datos al proceso y su valor probatorio que se puede resumir del siguiente modo, sin encontrar razones para su expulsión del proceso ex artículo 11 LOPJ:

1) Respecto a la posible solicitud de incorporación de los "datos en bruto" al proceso debe valorarse: si se contestó o no a la misma por el tribunal de instancia; en el caso de que se contestara, cuáles fueron las razones esgrimidas para la denegación.
2) Respecto a la posible solicitud de que los "datos en bruto" se sometan a un examen independiente (de un perito de parte), deben valorarse los mismos extremos, si bien teniendo en cuenta que la solicitud de un examen independiente no impone a los tribunales nacionales la obligación de ordenar que se emita un dictamen pericial o que se adopte cualquier otra medida de investigación, por el mero hecho de que una

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de las partes lo solicite; y que el hecho de que los tribunales nacionales se basen exclusivamente en la información y los informes proporcionados por autoridades estatales para determinar la culpabilidad del demandante, sin someter los "datos en bruto" a un examen directo, no basta por sí solo para declarar injusto el procedimiento.

3) Esta valoración debe ser especialmente cautelosa cuando concurren determinadas circunstancias como, por ejemplo, cuando los datos han sido "procesados" por distintas autoridades y con distintos fines (como fines de inteligencia o como prueba penal para iniciar investigaciones y detener a los sospechosos);
4) Es decir, no es posible un análisis general acerca del valor probatorio de los datos procedentes de EncroChat, alejado de los pormenores de cada caso concreto.
5) Siguiendo su doctrina, el Tribunal mantiene que de la judicialidad de la medida de intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección.

Son argumentos que comparto parcialmente; de hecho, me llama la atención que se afirme literalmente que *no detectamos razones que ex artículo 11 LOPJ impidan la utilización en el proceso de los datos procedentes de EncroChat introducidos en el proceso por vía de la OEI emitida por la FEAD, que desde el análisis que en este procedimiento nos incumbe, dada la gravedad de los hechos - tráfico de drogas que causan grave daño a la salud a través de una organización criminal - supera el canon de proporcionalidad.* Y ello porque, en mi opinión, la cuestión no debe analizarse analizando la gravedad de los hechos, sino desde el punto de vista del cumplimiento de la norma procesal puesto que lo que se plantea no está en la injerencia en la esfera del individuo, sino en la manipulación de las evidencias.

También me parece importante hacer referencia a que los datos incorporados a la investigación española provienen de una OEI en la que ha intervenido el Ministerio Fiscal y no la autoridad judicial. Es evidente que la Fiscalía no puede acordar diligencias de investigación que sean limitativas de derecho en nuestro ordenamiento actual. El artículo 187.1 de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea permite que un fiscal emita una OEI siempre y cuando la medida de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales. La OEI sería adecuada si su objeto se circunscribía al medio procesal utilizado para obtener datos recabados por las autoridades francesas (por entender que la intromisión en los derechos fundamentales ya había sido autorizada controlada y ponderada por tales autoridades extranjeras que ordenaron la interceptación de las conversaciones de EncroChat) o bien se trataba de una diligencia de investigación ordenada por un órgano sin competencia para ello. No es un debate baladí y podría condicionar la licitud de la prueba, pues como la propia Sala Segunda viene a reconocer en la

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

sentencia *Falciani* ya citada *los sistemas procesales europeos, por más que estén construidos a partir de principios estructurales compartidos, no siempre convergen en la definición de lo que por ilicitud probatoria deba entenderse. De ahí la necesidad de atender a las singularidades de cada sistema*. Creo que es un problema jurídico que no se ha resuelto del todo y que admitirá un posterior desarrollo jurisprudencial en el futuro.

IV. CONCLUSIONES

1º. La cadena de custodia debe garantizar la mismidad entre lo incautado y lo que se presenta a juicio. con la finalidad de que adquiera carácter probatorio.

2º. La licitud de la prueba que se obtienen en fase de instrucción depende o bien que de conste el consentimiento del individuo o bien de una resolución judicial habilitante dictada conforme a ley.

3º. La obtención adecuada de las evidencias debe responder a un correcto proceso técnico, cuyas pautas deben venir claramente marcadas por la resolución judicial habilitante.

4º. Existen varios métodos de copiado. La copia bit a bit aporta mayor seguridad respecto de la mismidad de los datos. La copia lógica requiere de cautelas adicionales para evitar invadir la esfera de privacidad en aspectos no autorizados por la resolución judicial habilitante. En el caso de la copia espejo o bit a bit, deben realizarse dos copias, una examinar y otra para conservar como evidencia inalterada bajo la custodia de los LAJ.

5º. La diligencia de hash garantiza la identidad de la copia.

6º. No es necesaria la presencia de un LAJ en el proceso del artículo 588.sexies LECr. La norma permite al Juez marcar en su resolución habilitante las condiciones de la intromisión, y las pautas que deben seguir los investigadores para garantizar la integridad de los datos.

7º. Conviene utilizar métodos de conservación de evidencias que impidan accesos exteriores remotos.

8º. El valor probatorio de los datos obtenidos en las investigaciones debe analizarse en cada caso. Por tanto, el hecho de que los tribunales nacionales se basen exclusivamente en la información proporcionada por autoridades de otros estados, sin someter los "datos en bruto" a un examen directo, no basta por sí solo para declarar injusto el procedimiento. Este último aspecto requerirá de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACERO RINCÓN, MARTA Letrada de la Administración de Justicia. “Dispositivos de almacenamiento masivo. Volcado de datos y cadena de custodia.” Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado Nº 2/2025 Julio ISSN 2792-226X.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

CAZURRO BARAHONA, VÍCTOR "Antecedentes y fundamento del Derecho a la protección de datos" Capitulo 3º. "El modelo europeo: la privacidad, un derecho fundamental". J.M. Bosch Editor, Año 2020 ISBN: 978-84-121579-2-5.

DE PAULA SÁNCHEZ-MEDRANO, FRANCISCO. "El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información" Revista Derecho y Proceso, n.º 1, junio 2022ISSN: 2951-844X.

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, JAVIER ÁNGEL. "El Acceso al Entorno Virtual del Investigado" Revista Jurídica de Castilla y León, Número 51, junio de 2020. ISSN: 2254-3805.

GONZÁLEZ REYES, JOSÉ MIGUEL: "La prueba pericial digital y la cadena de custodia". Universidad de La Laguna. Anales de la Facultad de Derecho. 38, septiembre 2021.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, ANTONIO. "Incorporación al proceso penal del material informático intervenido durante la investigación penal." Boletín del Ministerio de Justicia, febrero de 2014, ISSN: 1989-4767.

MAIRATA DE ANDUIZA, FERNANDO. Ponencia "Presentando la Evidencia Digital como prueba". Centro de Estudios Financieros, mayo de 2020.

RUBIO ALAMILLO, JAVIER. Ingeniero Superior en Informática. Perito informático. "Cadena de custodia y análisis forense de smartphones y otros dispositivos móviles en procesos judiciales". Diario La Ley, Nº 22, Sección Ciberderecho, 25 de octubre de 2018.

Jurisprudencia (por orden de cita)

STS Sala Segunda nº 484/2025 de 28 de mayo.

STS Sala Segunda nº 342/2013 de 17 de abril de 2013.

STS Sala Segunda nº 342/2013 de 17 de abril de 2013

STS Sala Segunda nº 254/2026 de 26 de marzo de 2026.

STS Sala Segunda nº 489/2018 de 23 de octubre de 2018.

STS Sala Segunda nº 241/2026 de 25 de marzo de 2026.

STS Sala Segunda nº 270/2026 de 8 de abril.

STS Sala Segunda nº 116/2017 de 23 de febrero.

STS Sala Segunda nº 777/2022 de 22 de Septiembre de 2022

STS Sala Segunda nº 429/2019 de 27 de septiembre.

STS Sala Segunda nº 854/2025 (Pleno) de 16 de octubre.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Jurisprudencia Civil

LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO ENTRE COHEREDEROS, A PROPÓSITO DE LA STS 1053/2025, DE 1 JULIO

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 1053/2025 de 1 de Julio 2025. III. Concepto de precario. IV. Acción de desahucio por precario y diferencias con la acción reivindicatoria y declarativa de dominio. V. Criterios jurisprudenciales recientes del Tribunal Supremo. VI. Aplicación de la jurisprudencia a la sentencia analizada, STS 1053/2025 de 1 de julio. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

A propósito del estudio y análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº resolución 1053/2025 de 1 de Julio de 2025, cuya ponente es la Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.

En esta sentencia se analizan aspectos fundamentales que surgen en la actualidad en los procesos judiciales de desahucio por precario entre coherederos con reiteración de la reciente doctrina existente en esta materia.

Así, en dicha sentencia, el Tribunal Supremo nos recuerda la definición de precario y los criterios jurisprudenciales que regulan los requisitos de la acción de desahucio por precario entre coherederos y por último, aprovechamos para señalar cuáles son las diferencias más relevantes entre la acción de desahucio por precario con respecto a otras acciones reales en defensa del derecho de propiedad regulado en el artículo 348 del Código Civil, como son la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio.

II. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA CIVIL Nº 1053/2025 DE 1 JULIO 2025. Ponente: Excma. Sra. Dña. M.ª de los Ángeles Parra Lucán

1. Antecedentes de hecho

a) Tramitación en primera instancia

En los antecedentes de la sentencia se indica que las demandantes (Dña. Purificación y Dña. Evangelina) interpusieron el 17 de septiembre de 2020 una demanda de juicio verbal de desahucio por precario contra su

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tío D. Pedro Jesús, suplicando que se estime la demanda, se declare el desahucio del demandado de la finca perteneciente a la masa hereditaria, condenando al demandado a dejar libre y expedita la finca a disposición de la comunidad hereditaria bajo apercibimiento de lanzamiento con imposición de costas.

A continuación, el demandado D. Pedro Jesús contestó a la demanda alegando en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa, con sobreseimiento más costas y subsidiariamente, interesa la desestimación íntegra de la demanda con costas a la actora.

Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Requena dictó Sentencia el 4 de mayo de 2022 estimando parcialmente la demanda, declara la procedencia del desahucio por precario del demandado del inmueble, condenándolo a que lo desaloje, dejándolo libre, vacuo y expedito, sin costas.

b) Tramitación en segunda instancia

El demandado interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª dictó nueva sentencia el 29 de abril de 2024 estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Jesús, revocando la resolución anterior, esto es, desestima la demanda, absuelve al demandado e impone las costas a las demandantes de primera instancia y sin costas en esta alzada.

c) Interposición y tramitación del recurso de casación

Las demandantes interpusieron recurso de casación en base a un único motivo cual fue por infracción de norma sustantiva con interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en concreto, por infracción de los artículos 394 y 1068 del Código Civil y la jurisprudencia de las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: STS 547/2010, 16 septiembre, STS 501/2013, 29 julio y STS 691/2020, 21 diciembre.

El citado recurso de casación fue admitido por Auto del TS de 4 de diciembre de 2024.

2. Fundamentos de derecho

En esta sentencia del Tribunal Supremo se reitera la doctrina de la Sala sobre la procedencia de una acción de desahucio por precario interpuesta por dos coherederas frente a un tercero que posee en exclusiva un inmueble que pertenece a la masa hereditaria de los causantes.

a) Resumen de antecedentes

Las dos hermanas Purificación y Evangelina interpusieron una demanda de desahucio por precario contra su tío Pedro Jesús respecto de unas fincas que forman parte del caudal relicto de los abuelos de las demandantes y padres del demandado, sin previa división de herencias ni liquidación de la sociedad de gananciales.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio, rechazando la excepción de falta de legitimación activa.

El demandado, Pedro Jesús interpuso recurso de apelación en base a la falta de legitimación activa de las dos sobrinas en base a que tienen menor cuota hereditaria y que no ejercitan la acción en nombre de la comunidad hereditaria ni en beneficio de esta, entre otras razones y argumentos.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La sentencia de la Audiencia Provincial, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estima el recurso de apelación del demandado en base a los siguientes argumentos: las demandantes, cuya cuota es menor que la del demandado, no actúan en beneficio de la comunidad hereditaria al ejercitar la acción de desahucio por precario.

A continuación, Purificación y Evangelina interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

b) Argumentos del recurso de casación

Las demandantes interponen su recurso de casación en base a único motivo: Infracción del artículo 394 Código Civil y artículo 1068 CC, invocando la doctrina del Tribunal Supremo que admite la procedencia de la acción de desahucio por precario entre coherederos mientras la herencia se encuentre indivisa pues todos los herederos tienen título para poseer pero no de forma exclusiva, por lo que cualquier coheredero está legitimado para poner fin a la posesión exclusiva y excluyente de otro coheredero.

c) Oposición de la parte recurrida

Los motivos de oposición de la parte demandada, ahora recurrida son varios: alega en primer lugar, que la acción no se ejerce en beneficio de la comunidad pues las demandantes no ostentan la mayoría que les legitima para el ejercicio de la acción, que la ocupación de la vivienda por el demandado es preexistente a la comunidad hereditaria que fue instituida por el testamento del causante, además el uso del demandado no es abusivo, concluyendo que su posesión no perjudica a la comunidad hereditaria.

III. CONCEPTO DE PRECARIO

La institución del precario ha evolucionado desde la concepción clásica del Digesto que entendía por precario la concesión graciosa a su ruego del uso de una casa, mientras lo permita el dueño concedente, pasando por la doctrina jurisprudencial mantenida en torno al artículo 1565-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que disponía que procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda *contra cualquier persona que disfrute o tenga e precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe*.

Sin embargo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986/3017) se le otorga una concepción más amplia en el sentido de definir el precario como *una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo, y por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya, porque no se haya tenido nunca ya porque habiéndolo tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho.*

Actualmente, el concepto de precario no está determinado en ningún precepto legal del Código Civil ni de ninguna otra ley, sin embargo, el Tribunal Supremo ha definido el precario como la situación de quien posee

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

un inmueble sin pagar renta ni merced y sin título que justifique su posesión, o cuando el título que invoca resulta de peor derecho.

Precario, pues, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo es una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo sin título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque se trate de un poseedor de peor derecho, así se pronunciaron las sentencias 134/2017 de 28 de febrero; 109/2021 de 1 marzo, 212/2021 de 19 abril, 379/2021 de 1 julio, 502/2021 de 7 julio; 783/2021 15 noviembre; 1634/2024 de 5 diciembre y 22/2025 de 7 enero, entre otras.

En consecuencia, los requisitos para el éxito de la acción de desahucio por precario son los siguientes:

a) Posesión de facto o disfrute efectivo actual de la cosa por el demandado;
b) Falta o insuficiencia del título del demandado, bien por no haberlo tenido, por haberse extinguido o por ser de peor derecho;
c) Falta de renta o contraprestación;
d) Requerimiento formal con un mes de antelación para que proceda a desocupar la finca.

El juicio de desahucio por precario puede ser promovido por los que tengan la posesión real de la finca a título de dueño, usufructuario o de cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes, contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca sin pagar renta o merced alguna.

La esencia del precario radica pues, en la ausencia de título o pago de merced que autorice a poseer al demandado. Sin embargo, a través del juicio de desahucio por precario no cabe decidir sobre la existencia o no del derecho o título que invoque el demandado, debiendo reducirse el debate únicamente a un examen <<prima facie>> de su existencia y con ello a la eventual apariencia de legitimidad del título cuya validez y eficacia deberá ser definitivamente resuelta en el juicio correspondiente.

En definitiva, sin profundizar en la validez o eficacia del título opuesto, debe quedar justificada al menos una apariencia de buen derecho fundada en el mismo, máxime en la actual regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, el juicio verbal del artículo 250.1-2º ya no es de naturaleza sumaria sino plenaria.

IV. ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO Y DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO

La acción de desahucio por precario supone uno de los instrumentos procesales más importantes en la protección del derecho de propiedad y consiste en una acción que puede ejercitar el propietario o el usufructuario de un bien inmueble cuando la persona que lo usa se encuentra en situación de precario.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Se regula en el artículo 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los cauces del juicio verbal por ser una acción de tutela posesoria y de carácter plenario, esto es, se trata de un proceso declarativo pleno que permite la discusión de todas las cuestiones relativas al título de posesión.

Los requisitos jurisprudenciales para el éxito de la acción de desahucio por precario son tres:

- Título del actor que legitime la posesión (propietario, usufructuario, heredero, etc.)
- Posesión por el demandado: una simple ocupación material del bien.
- Ausencia de título o título ineficaz: el demandado carece de título o ha caducado o es de peor derecho que el del actor.

En consecuencia, la acción de desahucio por precario tiene por objeto el desalojo del ocupante sin título y la sentencia que se dicte ordenará dicho desalojo y lanzamiento del demandado del citado bien inmueble.

Por otra parte, la acción reivindicatoria de dominio es una acción de naturaleza real al amparo de lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil y con el objeto de que el propietario de un bien sea mueble o inmueble, pueda reclamar judicialmente su restitución frente al poseedor sin derecho y sin título legítimo. Su finalidad es recuperar físicamente la propiedad con título válido, identificación plena y frente al demandado que lo posee de forma irregular.

Los requisitos jurisprudenciales de la acción reivindicatoria de dominio son los siguientes:

- Prueba del dominio: para que prospere la acción reivindicatoria el actor debe acreditar la propiedad de manera cumplida mediante la aportación de la escritura pública, inscripción registral, certificación registral, títulos sucesorios o resoluciones judiciales.
- Identificación plena del bien objeto de reivindicación: debe existir concordancia entre el bien reivindicado y el que figura en los títulos aportados y en particular cuando se trata de bienes inmuebles, la identificación de las fincas ha se ser atendiendo a su denominación, cabida y linderos, los cuales se podrán constatar mediante un informe pericial topográfico de la finca.
- Posesión actual e injustificada por el demandado: el tercer requisito exige que el demandado posea el bien en la actualidad y que dicha posesión carezca de título eficaz oponible al propietario.

Por tanto, se puede decir que la finalidad de la acción reivindicatoria es recuperar la posesión material, condenando al demandado a restituir el bien y en cuanto al procedimiento, la acción reivindicatoria se tramita por las reglas del juicio ordinario, por razón de la cuantía o de la materia (art. 249 LEC).

Por último, hay que señalar que la acción declarativa de dominio tiene como finalidad la declaración judicial de que el demandante es el propietario del bien inmueble sin solicitar la condena de la restitución de la cosa.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Esta acción también se basa en lo dispuesto en el artículo 348 CC y tiene como función la clarificación de la controversia jurídica para prevenir litigios futuros y como base de las actuaciones registrales.

Los requisitos jurisprudenciales exigidos para la prosperabilidad de la acción declarativa de dominio son solo dos, esto es, son los mismos de la acción reivindicatoria (prueba de dominio e identificación del bien), pero no se exige la posesión actual por el demandado. Sin embargo, en la práctica es necesario que exista un interés jurídico actual o una controversia jurídica que ponga en riesgo la perturbación de un derecho.

Esta acción real se utiliza en supuestos de doble inmatriculación registral, discordancias entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, conflictos hereditarios sobre titularidad, transmisiones verbales antiguas no formalizadas y errores en asientos registrales y en cuanto al procedimiento se tramita por los trámites del juicio ordinario para obtener la declaración judicial de la propiedad.

En resumen, las tres acciones se relacionan entre sí en la práctica de tal forma que la jurisprudencia viene señalando que la acción de desahucio por precario produce la cosa juzgada material para obstaculizar la posterior interposición de una acción reivindicatoria de dominio sobre un mismo bien y contra el demandado cuando el título de posesión ya fue discutido en el proceso previo de desahucio por precario con carácter plenario.

Y en cuanto, a la estimación de la acción declarativa de dominio puede servir de fundamento para una posterior interposición de un desahucio por precario cuando, una vez dictada la sentencia de declaración judicial de dominio, el ocupante se niega a entregar la posesión.

En consecuencia, las tres acciones son instrumentos complementarios en la estrategia litigiosa del propietario y la elección de la más apropiada en cada caso es determinante para el éxito o fracaso del procedimiento, sin embargo, en la práctica se suele utilizar la acumulación de acciones subsidiarias para garantizar el éxito del demandante.

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RECIENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO

La jurisprudencia producida entorno al artículo 1068 del Código Civil es constante al entender que el testamento es título traslativo del dominio cuando existe un heredero único y acepta la herencia (SSTS 27-4-1978 [RJ 1978\458] Y 29-12-1988 [RJ 1988\10071]. Sin embargo, cuando existen pluralidad de herederos, el Alto Tribunal viene declarando que no pueden disponer de los bienes hereditarios mientras no se lleve a efecto la partición y subsista una comunidad hereditaria, reconociéndose sólo la posible eficacia de actos de disposición si existiera acuerdo de todos los herederos (STS 7-6-1958 [RJ 1958\2135]).
Siendo de antiguo pues, criterio del Tribunal Supremo el que atribuye la condición de precarista al coheredero que posea de forma exclusiva la herencia y por mera tolerancia de los demás partícipes, como así lo corroboran las STS 13-1-1995, 24-5-1998, 24-6-2001 y la STS 287/2008 de 8 de mayo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Sin embargo, a raíz de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 547/2010 de 16 de septiembre es jurisprudencia consolidada el reconocimiento del ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos y en beneficio de la comunidad hereditaria. Esta doctrina tiene su fundamento en que, durante la indivisión de la herencia, todos los coherederos tienen título para poseer por su participación en la comunidad hereditaria, pero dicho título no le ampara a gozar de una posesión exclusiva y excluyente.

Esta misma doctrina se reprodujo en otros posteriores como así fue en la STS 74/2014 de 14 de febrero, de tal forma que la jurisprudencia reitera que es admisible la acción de precario entre coherederos, frente al coheredero y en favor de la comunidad hereditaria, que disfruta exclusivamente por concesión graciosa del causante.

Incluso, viene a ser aplicable dicha jurisprudencia en los casos de comunidad de gananciales disuelta, esto es, cuando el goce y disfrute de la cosa común la ostenta un solo cónyuge sin que dicha sociedad de gananciales se encuentre liquidada, se aplican pues, las reglas de la comunidad hereditaria, así en STS 700/2015, 9 diciembre, 178/2021 de 29 marzo, 962/2020 de 21 diciembre, 1576/2024 de 20 noviembre y 164/2025 de 3 febrero.

Además, la reciente jurisprudencia vino a señalar los requisitos exigidos para que prospere la acción de desahucio por precario entre coherederos y que son los siguientes: que exista una situación de indivisión previa a la partición, que la acción se ejercite en beneficio de la comunidad y que el coheredero contra el que se ejercita la acción posea en su mera condición de coheredero y sin autorización de poseer en exclusiva el bien.

Esta misma doctrina se reiteró en las sentencias TS 198/2023 de 9 de febrero y 1576/2024 de 20 de noviembre (LA LEY 349821/2024), en la cual, el Tribunal Supremo reafirmó su doctrina jurisprudencial consolidada en torno a la acción de desahucio por precario entre coherederos en beneficio de la comunidad hereditaria. Esta sentencia subraya que, durante el periodo de indivisión hereditaria, aunque cada coheredero tiene derecho a poseer bienes de la herencia no puede excluir a los demás de su uso.

También la sentencia TS 5885/2024 (LA LEY 349821/2024), ponente, Excma. Sra. Parra Lucán, precisó los límites de esta doctrina, señalando que la acción de desahucio por precario entre coherederos requiere que subsista la situación de indivisión previa a la partición y que la acción se ejercite en beneficio de la comunidad, no en interés exclusivo del actor. Si la posesión del coheredero demandado está amparada por un título que le autoriza a poseer en exclusiva un bien, por ejemplo, adjudicación provisional pactada entre los herederos, no se encontrará en situación de precario y la acción no prosperará.

En definitiva, la evolución jurisprudencial reciente revela una progresiva flexibilización de los instrumentos procesales de tutela del dominio, en particular, en relación con el desahucio por precario, cuyo carácter plenario ha sido consolidado por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VI. APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A LA SENTENCIA ANALIZADA, STS 1053/2025 DE 1 DE JULIO

Pues bien, la aplicación al caso de la doctrina de la sala conlleva la estimación del recurso de casación, desestimando el recurso de apelación del demandado y confirmando la sentencia del juzgado de instancia.

El Tribunal Supremo entiende que el único inmueble a que se refiere el recurso de casación, forma parte de la sociedad de gananciales de los causantes (abuelos de las demandantes y padres del demandado) y dicha sociedad de gananciales se encuentra sin liquidar, siendo además que los litigantes tienen distintas cuotas, pues la cuota del demandado es mayor dado que en el testamento de la madre se le adjudican dos terceras partes y la mitad sobre los derechos del padre, sin embargo, hasta la partición los coherederos no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio por lo que, las demandantes no piden la posesión del inmueble para sí mismas, sino para la comunidad hereditaria y la mayor cuota no confiere al demandado la facultad de poseer en exclusiva los bienes de la herencia.

Por ello, hasta que no se lleven a cabo las operaciones particionales de la herencia, el demandado carece de un título que justifique la posesión exclusiva y excluyente sobre el inmueble y, en consecuencia, procede estimar el recurso de casación, desestimando el recurso de apelación del demandado y declarar que el demandado carece de título de posesión exclusiva por lo que, procede estimar la acción de desahucio por precario ejercitada.

VII. CONCLUSIONES

La acción de desahucio por precario junto con la acción reivindicatoria y la declarativa de dominio son acciones reales, pero a su vez, constituyen instrumentos procesales distintos que, se aplican a situaciones y presupuestos jurídicos diferentes, pese a tener todas ellas, el mismo denominador común, cual es, la protección del derecho de propiedad.

El carácter plenario del proceso de precario permite debatir en dicho procedimiento todas las cuestiones relativas al título posesorio del demandado, lo que refuerza su valor como instrumento de protección del propietario.

La evolución jurisprudencial reciente permite una progresiva flexibilización de los instrumentos procesales de tutela del dominio, fundamentalmente en relación con el desahucio por precario, especialmente en los supuestos de precario entre copropietarios o coherederos.

El Tribunal Supremo, en sentencias muy recientes, como la sentencia nº 1576/2024 de 20 de noviembre, reafirmó su doctrina jurisprudencial consolidada sobre la acción de desahucio por precario entre coherederos en beneficio de la comunidad hereditaria, lo que significa que, durante el periodo de indivisión hereditaria,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

aunque cada coheredero tiene derecho a poseer bienes de la herencia, no puede excluir a los demás de su uso ni poseerlos con carácter exclusivo.

Aplicando la doctrina anterior a la sentencia analizada, se puede constatar que la sala del Tribunal Supremo, argumenta que en este caso, las demandantes no piden la posesión del inmueble para sí, sino para la comunidad hereditaria y la mayor cuota no confiere al demandado la facultad de poseer en exclusiva ninguno de los bienes de la herencia y hasta que no se lleven a cabo las operaciones particionales que adjudiquen la propiedad, el demandado carece de un título que justifique la posesión exclusiva y excluyente sobre el inmueble objeto del litigio.

Tampoco son atendibles el resto de los argumentos dados por el demandado, tales como que, ya venía viviendo en la casa desde hace años y que era la voluntad de sus padres, por lo que, todo ello constituye en su conjunto la expresión de que el recurrente ocupa la casa como si tuviera un derecho a usarla en exclusiva y sin respetar los intereses de los demás, que tienen un interés legítimo en que la casa quede desocupada.

Se estima pues, el recurso de casación y prospera la acción de precario.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Bertolá Navarro, Itziar, Análisis de las cinco principales acciones protectoras del dominio y la posesión. Editorial Sepin.

Mateos Ruíz Adriana, "Acción reivindicatoria, declarativa de dominio y desahucio por precario". Diario LA LEY, nº 10925, Sección Dossier, 17 Abril 2026.

Sentencia TS 30 octubre 1986 (RJ 1986/3017).

Sentencia TS 287/2008, 8 de mayo.

Sentencia TS 547/2010, 16 de septiembre.

Sentencia TS 74/2014, 14 de febrero.

Sentencia TS 700/2015, de 9 de diciembre.

Sentencia TS 691/2020, de 21 diciembre.

Sentencia TS 178/2021, de 29 de marzo.

Sentencia TS 198/2023, de 9 de febrero.

Sentencia TS 1576/2024 de 20 de noviembre.

Sentencia AP Córdoba 304/2001, Secc 1ª (AC 2002\121).

Sentencia AP Alacant/Alicante, Sección 7ª, 14 febrero (AC 2001\212).

Sentencia AP Almería, secc 2ª, 18 julio (AC 2000\2516).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS SSTS, SALA 1ª, 544/2026 Y 545/2026, DE 12 DE FEBRERO

M.ª Carmen Barrón López

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Doctora en Derecho

SUMARIO: *I. Dos sentencias, un mismo mensaje. II. El interés superior del menor: de cláusula general a instrumento técnico de decisión. 1. La estructura tripartita y sus consecuencias procesales. 2. La prohibición de abstracción: el interés del menor concreto. III. El marco normativo y su manejo sistemático por la Sala. IV. Violencia doméstica e interés del menor. 1. La violencia presenciada como daño autónomo. 2. La gradación de la respuesta: entre la ruptura total y las visitas supervisadas. 3. El archivo penal como dato irrelevante por sí solo. V. La motivación reforzada y la indeterminación del régimen de visitas como vicio autónomo. 1. El contenido de la motivación reforzada. 2. La indeterminación del régimen de visitas: un vicio impugnable con independencia del fondo. VI. El vínculo paternofilial como bien jurídico que debe preservarse: la proporcionalidad como límite. VII. La función del recurso de casación en materia de familia. VIII. Conclusiones. IX. Resoluciones comentadas*

Resumen: *El Tribunal Supremo dicta el mismo día, con idéntica composición, dos sentencias que se complementan para construir un sistema coherente sobre el peso del interés superior del menor en los procesos de familia con presencia de violencia doméstica o de género. La STS 544/2026 mantiene un régimen de visitas supervisadas pese a la existencia de condena penal firme por maltrato habitual, y corrige la indeterminación del régimen fijado por la Audiencia. La STS 545/2026 desestima la pretensión de custodia compartida del padre pese al archivo del proceso penal, confirmando que el resultado penal no opera como criterio decisorio autónomo en el proceso civil de familia. Ambas resoluciones afianzan la exigencia de motivación reforzada, la prohibición de soluciones automáticas y la centralidad del interés del menor concreto como único eje de decisión.*

I. DOS SENTENCIAS, UN MISMO MENSAJE

Las recientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2026, STS 544/2026 - ponencia del Excmo. Sr. Almenar Belenguer - y STS 545/2026 - ponencia de la Excma. Sra. Parra Lucán - aunque con diferente ámbito de análisis, leídas conjuntamente sistematizan el estado actual de la doctrina de la Sala sobre el principio rector del interés del menor que debe regir de forma motivada todas las decisiones judiciales que afectan a los menores en contextos de violencia de género o doméstica cuando están en juego la custodia o el régimen de contacto de un niño con sus progenitores.

La STS 544/2026 resuelve un recurso de casación interpuesto por la madre de dos niñas cuyo padre había sido condenado por sentencia firme de conformidad como autor de un delito de maltrato habitual - pena de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

veintiún meses de prisión y prohibición de aproximación durante treinta y tres meses -. La madre solicitaba, entre otras medidas, la supresión de todo régimen de visitas. La Audiencia Provincial de Navarra mantuvo las visitas supervisadas en el Punto de Encuentro Familiar para una de las hijas, pero lo hizo en términos tan abiertos que dejaban la concreción esencial del régimen en manos del propio PEF. La Sala estima parcialmente el recurso: confirma la procedencia de las visitas supervisadas, pero casa la sentencia en el punto de la indeterminación, fijando ella misma los parámetros del régimen.

La STS 545/2026 resuelve el recurso del padre en un proceso de divorcio en el que el Juzgado de Primera Instancia de Manacor había acordado la custodia compartida por semanas alternas. La madre apeló, y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó esa decisión atribuyendo la guarda exclusiva a la madre, con régimen de visitas a favor del padre. Para cuando llegó la casación, el proceso penal por coacciones que se había seguido contra el padre —y que había motivado la inhibición del juzgado civil al especializado en violencia sobre la mujer— había concluido con auto de sobreseimiento provisional por estimarse los hechos de entidad muy escasa. El padre y el Ministerio Fiscal argumentaron que, desaparecido el obstáculo del art. 92.7 CC, procedía restaurar la custodia compartida. La Sala desestima el recurso.

La lectura conjunta de ambas resoluciones permite extraer una doctrina sistemática de notable valor práctico en una de las materias más sensibles y trascendentes de derecho de familia, que es precisamente lo que este artículo pretende.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: DE CLÁUSULA GENERAL A INSTRUMENTO TÉCNICO DE DECISIÓN

1. La estructura tripartita y sus consecuencias procesales

La STS 544/2026 abre su análisis jurídico - fundamento de derecho tercero - reproduciendo la Observación General n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño que configura el interés superior del menor desde una triple perspectiva, que condiciona cómo los tribunales deben operar con él.

Como derecho sustantivo, garantiza que en toda decisión que afecte a un niño su interés sea consideración primordial, con aplicabilidad directa e invocabilidad ante los tribunales. Como principio interpretativo, obliga a elegir, entre las interpretaciones posibles de una norma, la que mejor sirva al interés del menor. Como norma de procedimiento, exige que la resolución deje constancia expresa de haber valorado las repercusiones de cada opción sobre el niño concreto, explicando en qué criterios se basa la decisión y cómo se han ponderado sus intereses frente a otras consideraciones.

Esta estructura no es retórica. Sus implicaciones para quien litiga en esta materia son directas: el interés del menor puede invocarse como pretensión autónoma, con independencia de los preceptos del Código Civil en que se apoye la demanda; la motivación insuficiente - aunque el sentido del fallo sea correcto - constituye un

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

vicio impugnable en apelación y en casación; y el tribunal tiene la obligación de ir más allá de lo pedido si el interés del menor lo requiere, pues opera como norma de orden público.

A este último extremo se refiere también la STS 545/2026 cuando, en su fundamento de derecho tercero, recuerda que la sala ha configurado el interés superior del menor, entre otras funciones, como un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores. Ningún acuerdo entre ellos - ni el que resulte de un convenio regulador - puede prevalecer si contraviene ese interés.

2. La prohibición de abstracción: el interés del menor concreto

Ambas sentencias retoman la doctrina de la STS 1251/2025, de 16 de septiembre, para subrayar que el interés superior del menor no puede determinarse mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta, ni fijarse a priori para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias.

Esta exigencia de concreción tiene una doble proyección. De un lado, impide que los tribunales apliquen criterios generales - por bien fundamentados que estén - sin conectarlos con los hechos específicos del caso: la edad del niño, su trayectoria vital, su estado emocional, sus vínculos afectivos reales. De otro lado, hace que toda resolución que invoque el principio sin descender a esa concreción sea atacable con independencia de si su sentido es o no acertado en el fondo.

En la STS 544/2026 esto se traduce en que la Sala realiza su propio análisis de las circunstancias de la menor - el informe psicosocial del INML, la exploración judicial de la menor, el tiempo transcurrido desde los hechos, la ausencia de reiteración de la conducta violenta - en lugar de limitarse a comprobar si la Audiencia había aplicado correctamente el marco normativo. En la STS 545/2026, la Sala confirma la sentencia de la Audiencia porque esta había atendido, precisamente, a circunstancias específicas del caso - quién se había ocupado realmente de la niña, el estado de la vivienda del padre, la logística escolar diaria - que no habían sido rebatidas por el recurrente.

III. EL MARCO NORMATIVO Y SU MANEJO SISTEMÁTICO POR LA SALA

Una de las características más destacadas de ambas resoluciones es la construcción de un sistema integrado de fuentes en el que las normas internacionales operan con el mismo rango argumental que las internas, y en el que la jurisprudencia constitucional actúa como puente entre ambas.

La base constitucional descansa en el art. 39 CE, cuyo mandato de protección integral de los hijos la Sala conecta con la doctrina de la STC 54/2025, de 10 de marzo - expresamente acogida en la STS 544/2026 -, conforme a la cual el interés superior del menor es un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales. Esto significa

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que la restricción de derechos del progenitor - incluido el derecho de visitas configurado por el art. 94 CC como derecho de doble titularidad - puede estar constitucionalmente justificada cuando el interés del menor lo requiera; pero también que toda restricción sin esa justificación vulnera el precepto constitucional.

En el plano legal interno, el art. 2.2 LO 1/1996 adquiere protagonismo especial por sus apartados *a) protección de las necesidades básicas materiales, físicas, educativas, emocionales y afectivas* y *c) conveniencia de que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia*. Ambas sentencias emplean este precepto para dar base legal expresa a la consideración de la violencia doméstica como factor relevante para el interés del menor, incluso cuando esta no se dirige directamente al niño.

El art. 94 CC es el precepto central en la STS 544/2026. La Sala extrae de su estructura interna un sistema que rechaza cualquier automatismo: la regla general del párrafo tercero - que impide el régimen de visitas cuando el progenitor está incurso en proceso penal por delitos contra la vida, integridad física, libertad o indemnidad sexual - no opera de forma mecánica, sino que exige ponderación judicial. La salvedad del mismo párrafo - que permite establecer un régimen de visitas motivado en el interés superior del menor, previa evaluación de la relación paternofilial - es el fundamento legal de las visitas supervisadas que la Sala confirma. El único límite absoluto que el precepto establece es el del párrafo cuarto: no procede en ningún caso el régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión por sentencia firme dictada por esos delitos. Fuera de ese supuesto, todo es ponderación.

La STS 545/2026 aborda el art. 92 CC desde la perspectiva de la custodia compartida y reafirma la doctrina iniciada con la STS 257/2013, de 29 de abril: la custodia compartida no es una medida excepcional sino normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea.

El art. 92.7 CC recibe en la STS 545/2026 un tratamiento que delimita con precisión su alcance. La Sala precisa que ese precepto establece un obstáculo procesal temporal ligado a la pendencia del proceso penal, cuya desaparición - por archivo de la causa - no genera ninguna presunción a favor de la custodia compartida. El archivo penal elimina el impedimento formal, pero no crea el derecho al régimen compartido, ni exime al tribunal de ponderar todos los demás factores relevantes para el interés del menor. La Sala afirma en el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia que la Audiencia no se basó en el art. 92.7 CC para rechazar la custodia compartida, sino en una valoración global del interés de la menor que incluía factores completamente independientes del proceso penal - disponibilidad parental real, trayectoria de cuidados, entorno residencial, logística diaria -; que el recurrente no había combatido, por lo que, el recurso de casación carecía de fundamento.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Ambas sentencias acuden a las fuentes internacionales como normas de aplicación directa. El art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE - derecho del menor a mantener relaciones periódicas con ambos progenitores salvo que sean contrarias a sus intereses - y el art. 31 del Convenio de Estambul - obligación de los Estados de tomar en consideración los incidentes de violencia al fijar custodia y visitas, y de garantizar que su ejercicio no ponga en peligro a la víctima ni a los hijos - se combinan para construir un sistema en el que el mantenimiento del vínculo filial y la protección frente a la violencia son ambos valores positivos que deben ponderarse sin que ninguno prevalezca de forma automática.

La Resolución del Parlamento Europeo de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños, es utilizada para fundamentar la relevancia jurídica de la violencia presenciada por los niños en el hogar y el entorno familiar y las graves consecuencias para su desarrollo psicológico y emocional.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 9.3, establece el derecho del menor separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

La Sala lo invoca tanto para fundamentar la regla general del mantenimiento del vínculo como para justificar su excepción, según las circunstancias concurrentes.

Este conjunto normativo internacional forma un sistema coherente que la Sala invoca tanto para fundamentar la regla general del mantenimiento del vínculo como para justificar su excepción, según las circunstancias concurrentes, sobre el criterio rector del interés superior del menor.

IV. VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTERÉS DEL MENOR

1. La violencia presenciada como daño autónomo

La STS 544/2026 dedica su fundamento de derecho cuarto a establecer una doctrina sobre la violencia doméstica como factor de riesgo para el menor que va más allá de los supuestos de violencia directa. Apoyándose en el preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, y en la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de octubre de 2021, la Sala afirma que la exposición a la violencia en el hogar convierte al menor en víctima, aunque no sea su destinatario directo, y que esa violencia presenciada tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño.

La consecuencia jurídica de esta afirmación es que la violencia ejercida sobre la madre - aunque formalmente no se dirija al menor - es un dato relevante para la evaluación del interés del hijo, y debe ser ponderada específicamente en la resolución que fije el régimen de guarda o visitas. No basta con constatar que los actos violentos no tuvieron al niño como víctima directa para excluir ese factor del análisis.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

2. La gradación de la respuesta: entre la ruptura total y las visitas supervisadas

Uno de los aspectos de mayor valor práctico en la STS 544/2026 es la sistematización que realiza de los casos resueltos por la propia Sala en los últimos años, identificando los factores que determinan cuándo el interés del menor exige la supresión de todo contacto y cuándo es compatible con un régimen supervisado.

La ruptura total del vínculo paternofilial ha sido acordada cuando concurrían simultáneamente: violencia habitual y prolongada en el tiempo - entre 2007 y 2021 en el caso de la STS 1695/2024, durante quince años de convivencia en la STS 915/2024 -, proyección directa sobre los menores que fueron testigos presenciales o instrumentalizados como parte de la violencia, condena por múltiples delitos relacionados con la violencia de género, y ausencia de interiorización por parte del agresor de las consecuencias de su conducta. En esos casos, la Sala también valoró que el daño psíquico a los menores era acreditado y actual, no meramente potencial.

El régimen de visitas supervisadas, por el contrario, ha sido considerado compatible con el interés del menor cuando - como en el caso resuelto por la STS 544/2026 - el episodio violento, siendo grave y merecedor de condena, se presenta acotado en el tiempo sin constancia de reiteración posterior; la evaluación psicosocial recomienda el restablecimiento gradual de la relación paternofilial; el menor mantiene un vínculo afectivo con el progenitor y muestra apertura al contacto supervisado; y la supervisión profesional elimina el riesgo directo durante los encuentros.

Esta gradación responde a una lógica jurídica coherente con el principio del interés del menor: si la ruptura total del vínculo solo se justifica cuando la relación con el progenitor es objetivamente contraproducente para el desarrollo del niño, la existencia de violencia pasada no es suficiente por sí sola para acordarla, si las circunstancias actuales apuntan a que un régimen tutelado puede ser beneficioso. El tiempo transcurrido, la evolución del progenitor, la actitud del menor y la disponibilidad de mecanismos de supervisión profesional son factores que modulan la respuesta.

3. El archivo penal como dato irrelevante por sí solo

La STS 545/2026 aborda esta cuestión esencial. El recurso del padre y el informe del Ministerio Fiscal descansaban en la idea de que, archivado el proceso penal, desaparecía el único obstáculo para la custodia compartida. La Sala lo rechaza de raíz: *Los argumentos del recurrente y del Fiscal acerca de que los actos cometidos por el padre y que dieron lugar a la denuncia de la madre fueran puntuales y de una entidad muy leve, por lo que no se advierte que exista riesgo para la menor, no combaten las razones por las que la sentencia recurrida ha entendido que debe establecerse una custodia exclusivamente materna.*

La Sala precisa, además, un detalle de gran importancia técnica: la Audiencia no había basado su decisión en el art. 92.7 CC, sino que solo lo había citado al final de su razonamiento como argumento adicional. El núcleo

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de la decisión era la valoración del interés de la menor a partir de circunstancias completamente independientes del proceso penal. Al no haber rebatido el recurrente esas circunstancias en su recurso de casación, la Sala no tenía nada que examinar.

Esta distinción entre el obstáculo formal del art. 92.7 CC y los criterios materiales del interés del menor es conceptualmente fundamental para la práctica forense. El precepto opera como una presunción iuris et de iure de incompatibilidad mientras dura el proceso penal; su desaparición devuelve al tribunal la plena libertad de valorar el interés del menor con todos los instrumentos disponibles, pero no crea ninguna presunción en sentido contrario.

V. LA MOTIVACIÓN REFORZADA Y LA INDETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS COMO VICIO AUTÓNOMO

1. El contenido de la motivación reforzada

Ambas sentencias acogen la doctrina constitucional, formulada de manera especialmente nítida en la STC 54/2025 sobre el deber de motivación reforzada cuando entra afecta al interés superior del menor. No basta con invocar el principio y enunciar las circunstancias del caso: la motivación debe identificar los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Trasladado a los supuestos de custodia y visitas en entornos de violencia, esto significa que la resolución debe explicitar, al menos: cuál es el interés concreto del menor en el caso específico; qué riesgos concretos y actuales - no meramente hipotéticos - existen para ese interés; qué medida se adopta y por qué es la más adecuada y proporcional entre las disponibles; y por qué las alternativas consideradas son menos idóneas. Una resolución que declare que el interés del menor aconseja la custodia exclusiva o la supresión de visitas sin conectar esa conclusión con hechos probados específicos no cumple este estándar.

El incumplimiento de la motivación reforzada no solo es impugnable en apelación. La STS 544/2026 muestra que también tiene consecuencias en casación: cuando la Sala aprecia ese déficit, asume directamente la instancia y resuelve con los hechos probados disponibles, lo que le otorga plenas facultades para fijar ella misma los términos del régimen - como ocurre en el fallo de esa sentencia -.

2. La indeterminación del régimen de visitas: un vicio impugnable con independencia del fondo

La parte más novedosa y de mayor repercusión práctica de la STS 544/2026 es la estimación parcial del recurso por razón de la indeterminación del régimen de visitas fijado por la Audiencia. Merece ser analizada con detenimiento porque establece una regla de alcance general.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La Audiencia había mantenido las visitas supervisadas, pero había dejado la concreción de sus términos - frecuencia, duración, días de los contactos telefónicos - en manos de los profesionales del PEF. La Sala casa la sentencia en este punto y razona: *No es posible dejar en manos de los técnicos del Punto de Encuentro Familiar o del equipo técnico la determinación de los términos concretos del régimen de visitas, que operaría en tal caso sin un efectivo y real control judicial. Habrá de ser siempre una resolución judicial, adoptada tras audiencia de las partes, la que en su caso establezca la modificación, en uno u otro sentido, cuantitativa o cualitativamente, del régimen de comunicación entre padre e hija.*

La Sala fija directamente, en el fallo, los parámetros del régimen: contactos personales de dos horas los sábados alternos en el Punto de Encuentro Familiar más próximo, bajo supervisión de los profesionales del centro; contactos telefónicos los miércoles a las 20:00 horas en defecto de acuerdo; informes trimestrales del equipo psicosocial; y revisión judicial periódica con posibilidad de mantenimiento, ampliación o supresión en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes.

Este razonamiento tiene consecuencias que van más allá del caso concreto. Para quien impugna: cualquier sentencia que fije visitas supervisadas remitiendo al PEF la determinación de su contenido esencial - días, horas, duración, canal de contacto telemático - incurre en el mismo déficit que la Sala censura aquí, y es casable por ese solo motivo, sin necesidad de discutir el fondo. Para quien redacta un convenio regulador o formula pretensiones: la concreción de todos los elementos del régimen no es un exceso de celo formal sino una exigencia jurisprudencial directamente vinculante.

VI. EL VÍNCULO PATERNOFILIAL COMO BIEN JURÍDICO QUE DEBE PRESERVARSE: LA PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE

La STS 544/2026 dedica especial atención a la importancia del vínculo entre el menor y sus progenitores como bien jurídico autónomo que debe preservarse salvo causa grave acreditada. La Sala recoge la doctrina del TEDH - asuntos Scozzari y Giunta c. Italia (2000), Gnahoré c. Francia (2000) y Jansen c. Noruega (2018) - según la cual la desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez, y que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales.

Esta exigencia de proporcionalidad actúa como contrapeso de la protección frente a la violencia. No basta con que exista violencia pasada para suprimir el vínculo; es necesario que la gravedad de esa violencia, su proyección actual sobre el menor y la ausencia de alternativas menos restrictivas hagan la ruptura necesaria y proporcionada. En la STS 544/2026, la Sala pesa estos factores y concluye que la ruptura definitiva no es proporcional: existe riesgo grave y cierto de que el paso del tiempo cronifique la ruptura del vínculo afectivo

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

entre la menor y su padre y que convierta la relación paternofilial en algo irrecuperable, riesgo que las visitas supervisadas permiten efectuar sin comprometer la seguridad de la menor.

Por otro lado, la voluntad del menor - que la recurrente presentaba como argumento central para suprimir las visitas - no es, en la doctrina de la Sala, un factor determinante por sí solo. La Audiencia había constatado, a partir de la exploración directa de la menor de 13 años, que su oposición a las visitas no era fruto de una decisión propia y libre de influencias de terceros adultos. Esta apreciación - que introduce serias dudas sobre el origen de la negativa - impone al tribunal una obligación de análisis cualitativo sobre la voluntad expresada por el menor, sin que baste con registrar su manifestación formal. No se trata de ignorar la voluntad del menor, que el art. 24 de la Carta DFUE protege expresamente; se trata de evaluar si esa voluntad es genuinamente libre.

VII. LA FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA

La STS 545/2026 es especialmente precisa en la delimitación de lo que puede y lo que no puede examinarse en casación en los procedimientos de familia, y lo hace con una claridad que resulta directamente aplicable a la estrategia procesal.

En el recurso de casación solo puede valorarse si el tribunal de apelación ha aplicado el principio de protección del interés del menor motivando, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se adopte o no el sistema de guarda. El recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia para la determinación del régimen de custodia.

Esto excluye del ámbito casacional la discrepancia fáctica con la valoración de la prueba realizada por la Audiencia. Lo que sí puede revisarse en casación es si el tribunal de apelación ha aplicado correctamente el principio del interés superior, si ha motivado suficientemente su decisión y si ha respetado los criterios jurisprudenciales de ponderación. A partir de esta delimitación, pueden identificarse tres ejes sobre los que construir un recurso de casación viable en estos asuntos.

El primero es la infracción normativa directa: cuando la sentencia de apelación ha aplicado incorrectamente los arts. 92 o 94 CC, el art. 66 LO 1/2004, el art. 2.2 LO 1/1996 u otras normas del marco aplicable, bien por inaplicación, bien por interpretación contraria a la jurisprudencia consolidada.

El segundo es el déficit de motivación reforzada: cuando la sentencia no ha identificado los bienes y derechos en juego, no ha explicitado el juicio de ponderación o no ha razonado la proporcionalidad de la medida adoptada.

El tercero es la desviación de los criterios jurisprudenciales de ponderación: cuando la sentencia se aparta de los factores que la jurisprudencia considera relevantes - disponibilidad parental real, trayectoria de cuidados,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

evaluación psicosocial, evolución temporal de la situación - o les atribuye un peso incompatible con el que la Sala les ha asignado en casos análogos.

VIII. CONCLUSIONES

La aportación duradera de las STS 544/2026 y 545/2026 no reside tanto en los resultados concretos a los que llegan - distintos en ambos casos - como en el método que imponen para llegar a cualquier resultado. Ese método puede sintetizarse en las siguientes proposiciones.

1º. El interés superior del menor es un concepto operativo, no una cláusula de cierre. Su aplicación exige una evaluación individualizada del menor concreto, apoyada en prueba técnica, motivada con identificación expresa de los factores ponderados, proporcional en la medida adoptada y sometida a revisión periódica. Cualquier decisión que alcance el resultado correcto sin haber seguido ese método es impugnable.

2º. El resultado del proceso penal no determina el resultado del proceso civil de familia. La condena firme no impone la supresión de visitas; el archivo no impone la custodia compartida. En ambos casos, la decisión civil debe construirse sobre el análisis del interés concreto del menor, con todos los factores relevantes, con independencia del resultado penal. El proceso penal aporta hechos probados que el juez civil debe tomar en consideración, pero no opera como automatismo decisorio en ningún sentido.

3º. Ningún régimen de visitas - ni siquiera el supervisado - puede quedar indeterminado en sus elementos esenciales, ni puede delegarse su concreción en el PEF o en los equipos técnicos. La frecuencia, la duración, el lugar, los canales de contacto telemático, el sistema de seguimiento y el mecanismo de revisión deben quedar fijados en la resolución judicial. La indeterminación es un vicio impugnable con independencia del sentido del fallo.

4º. La violencia doméstica - incluida la presenciada - es un factor de riesgo autónomo que debe ponderarse específicamente en toda decisión sobre custodia o visitas, con independencia de si el menor fue víctima directa. Pero la mera existencia de violencia pasada no determina automáticamente ni la supresión del régimen de contacto ni la atribución de la custodia exclusiva. La proporcionalidad de la medida debe justificarse en cada caso.

5º. La motivación reforzada que exigen estas resoluciones no es un estándar formal que se cumple con la mención del principio: obliga a identificar los bienes y derechos en pugna, a razonar la proporcionalidad de la medida y a conectar las conclusiones con hechos probados específicos del caso. Cualquier desviación de este estándar abre la vía impugnatoria.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

IX. RESOLUCIONES COMENTADAS

STS 544/2026 (Sentencia n.º 216/2026). Sala de lo Civil, Sección 1.ª. Fecha: 12 de febrero de 2026. Recurso de casación n.º 4752/2025. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer. Procedencia: SAP Navarra, Sección 3.ª, sentencia n.º 423/2025, de 20 de marzo. Resoluciones de instancia: SJPI Pamplona n.º 3, sentencia n.º 312/2024, de 27 de junio. ECLI:ES:TS:2026:544.

STS 545/2026 (Sentencia n.º 215/2026). Sala de lo Civil, Sección 1.ª. Fecha: 12 de febrero de 2026. Recurso de casación n.º 3229/2025. Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán. Procedencia: SAP Palma de Mallorca, Sección 4.ª, sentencia n.º 37/2025, de 21 de enero. Resoluciones de instancia: SJPI Manacor n.º 2, sentencia de 27 de diciembre de 2023. ECLI:ES:TS:2026:545.

Jurisprudencia relevante citada en las sentencias comentadas

STC 54/2025, de 10 de marzo (motivación reforzada en materia de menores).

STC 106/2022, de 13 de septiembre (constitucionalidad del art. 94 CC).

STC 176/2008, de 22 de diciembre (régimen de visitas como derecho de doble titularidad).

STS 1695/2024, de 17 de diciembre (suspensión de visitas por maltrato habitual reiterado).

STS 1413/2025, de 13 de octubre (motivación reforzada y audiencia de menor de 12 años).

STS 1251/2025, de 16 de septiembre (pautas para la determinación del interés superior del menor).

STS 1215/2025, de 16 de septiembre (indeterminación del régimen de visitas como vicio impugnable).

STS 915/2024, de 26 de junio (supresión de visitas por maltrato habitual con instrumentalización de los hijos).

STS 729/2025, de 12 de mayo (visitas supervisadas con condena no firme por malos tratos).

STS 379/2024, de 14 de marzo (supresión de visitas con auto de procesamiento por abusos sexuales).

STS 244/2025, de 14 de febrero (régimen de visitas progresivo y tutelado con condena penal).

STS 234/2024, de 21 de febrero (protección de los menores frente a situaciones de riesgo).

STS 129/2024, de 5 de febrero (significado del interés superior del menor).

STS 257/2013, de 29 de abril (la custodia compartida no es medida excepcional).

STEDH, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148, de 13 de julio de 2000.

STEDH, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, de 19 de septiembre de 2000.

STEDH, asunto Jansen c. Noruega, §§ 88-93, de 6 de septiembre de 2018.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

TÍTULO, POSESIÓN Y USUCAPIÓN EN LA RECUPERACIÓN DOMINICAL DEL PAZO DE MEIRÁS. COMENTARIO A LA STS 386/2026, DE 11 DE MARZO

Cristina Caja Moya

Jueza sustituta y adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Profesora en la Universidad del Atlántico Medio. Doctora en Derecho

SUMARIO: *I. Introducción. II. Objeto procesal y delimitación del litigio. 1. Las acciones ejercitadas. 2. La delimitación objetiva de la reivindicación. III. Los títulos de 1938 y 1941: forma, simulación y apariencia jurídica. 1. La donación inmobiliaria y la forma ad solemnitatem. 2. La compraventa de 1941 y la simulación absoluta. 3. Registro de la Propiedad y título causal ineficaz. IV. La usucapión extraordinaria del Estado. 1. La posesión en concepto de dueño. 2. La adquisición por usucapión extraordinaria. 3. Destino público y demanialidad. V. Desafectación tácita y usucapión invocada por los demandados. 1. Régimen restrictivo de la desafectación tácita. 2. Aplicación al Pazo de Meirás. VI. La liquidación del estado posesorio. 1. La autonomía de la liquidación posesoria respecto de la titularidad dominical. 2. Buena fe posesoria y carga de la prueba. 3. Periodo temporal de la liquidación. VII. Relevancia jurídica de la STS 386/2026. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía y fuentes consultadas*

Resumen: *La STS 386/2026, de 11 de marzo, ofrece un supuesto singular de Derecho civil patrimonial en el que confluyen la ineficacia de negocios jurídicos dispositivos, la acción reivindicatoria, la rectificación registral, la posesión en concepto de dueño, la usucapión extraordinaria, la posible desafectación tácita de bienes demaniales y la liquidación del estado posesorio. El interés de la resolución no reside únicamente en la confirmación de la titularidad estatal del Pazo de Meirás, sino en la forma en que la Sala Primera ordena técnicamente la relación entre título, posesión, Registro de la Propiedad y destino público del bien. Este comentario analiza la sentencia desde una perspectiva estrictamente jurídico-civil, evitando convertir el caso en un mero juicio histórico o político, y destacando su utilidad como precedente sobre los límites de la apariencia registral y sobre la función depuradora de la usucapión cuando se acredita una posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño*

I. INTRODUCCIÓN

El litigio relativo al Pazo de Meirás constituye uno de los procedimientos civiles más relevantes de los últimos años, no solo por la notoriedad histórica del inmueble, sino por la densidad dogmática de las cuestiones resueltas. La STS 386/2026, de 11 de marzo, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña que declaró la titularidad estatal del inmueble y ordenó su restitución, si bien con previa liquidación de los gastos útiles y necesarios que resultaran acreditados[1].

La tentación inicial, ante un asunto de estas características, consiste en situar el debate en el terreno de la memoria histórica o de la reparación simbólica. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, el verdadero

[1] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, Roj: STS 1031/2026, ECLI:ES:TS:2026:1031.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

interés del caso se encuentra en otro plano: el de las instituciones clásicas del Derecho civil patrimonial. La sentencia permite examinar, en un mismo supuesto, la forma sustancial de la donación inmobiliaria, la simulación absoluta de una compraventa, el alcance de la inscripción registral fundada en un título causal ineficaz, la acción reivindicatoria ejercitada por una Administración pública, la prescripción adquisitiva extraordinaria, la desafectación tácita y el régimen de restitución de gastos tras el vencimiento posesorio.

Este trabajo parte de una premisa metodológica deliberada: el contexto histórico es necesario para comprender los hechos, pero no debe desplazar el análisis jurídico. El caso Meirás no se resuelve por razones políticas, sino por la aplicación de categorías civiles reconocibles: título, modo, causa, posesión, usucapión, demanialidad, buena fe y liquidación posesoria. La relevancia de la STS 386/2026 reside, precisamente, en que demuestra que una controversia históricamente cargada puede ser ordenada con herramientas técnicas ordinarias del Derecho privado y del Derecho patrimonial público.

II. OBJETO PROCESAL Y DELIMITACIÓN DEL LITIGIO

1. Las acciones ejercitadas

La demanda de la Administración General del Estado acumuló acciones de nulidad de negocios jurídicos, rectificación registral y reivindicación dominical. La propia sentencia destaca que el Estado no se limitó a impugnar determinados títulos, sino que pretendió la declaración de su titularidad sobre la parcela catastral correspondiente a la totalidad del recinto intramuros, integrada por diversas fincas registrales[2].

Esta acumulación resulta especialmente significativa. La acción de nulidad permitía privar de eficacia a los negocios que habían servido de soporte formal a la cadena dominical de los demandados; la acción de rectificación registral perseguía adecuar los asientos a la realidad jurídica declarada; y la acción reivindicatoria cumplía la función propiamente restitutoria, al interesar la entrega de la posesión del inmueble a quien afirmaba ser su titular.

Desde esta perspectiva, la sentencia no puede entenderse solo como una resolución sobre invalidez contractual. La nulidad de los títulos de 1938 y 1941 era una pieza necesaria, pero no suficiente, para explicar la estimación de la pretensión dominical. El punto decisivo radicaba en determinar si el Estado había adquirido originariamente el inmueble por usucapión extraordinaria y si la posesión posterior de los causahabientes podía neutralizar esa adquisición.

2. La delimitación objetiva de la reivindicación

Un aspecto técnico relevante es la delimitación del objeto reivindicado. La demanda se refería al recinto intramuros, no a la totalidad de los terrenos históricamente vinculados al conjunto. Esta precisión evita una

[2] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, antecedentes de hecho, segundo: la demanda acumuló acciones reivindicatorias, de rectificación registral y de nulidad de negocios jurídicos.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

lectura expansiva del fallo y permite reconducir el caso a los presupuestos clásicos de la acción reivindicatoria: identificación suficiente de la cosa, prueba del dominio del actor y posesión indebida por el demandado[3].

La acción reivindicatoria exige que el actor acredite su mejor derecho dominical y que el demandado carezca de título oponible. En el caso analizado, la cuestión se singulariza porque el actor es una Administración pública y porque el dominio invocado no se apoya en una adquisición derivativa documentada en escritura pública e inscrita a su favor, sino en la prescripción adquisitiva extraordinaria, construida sobre la posesión institucional y pública del inmueble durante un periodo superior a treinta años.

III. LOS TÍTULOS DE 1938 Y 1941: FORMA, SIMULACIÓN Y APARIENCIA JURÍDICA

1. La donación inmobiliaria y la forma *ad solemnitatem*

La primera operación relevante fue la entrega del Pazo en 1938 mediante un acto de carácter ceremonial que se documentó en un pergamino. El problema jurídico no residía en la existencia de una voluntad social o política de entrega, sino en su falta de aptitud como título civil traslativo del dominio. Conforme al artículo 633 del Código Civil, la donación de bienes inmuebles requiere escritura pública como forma sustancial de validez. No se trata de una exigencia meramente probatoria, sino de un requisito constitutivo del negocio[4].

La Audiencia Provincial, pronunciamiento confirmado por el Tribunal Supremo, declaró la inexistencia jurídica de aquella donación por ausencia de escritura pública. Este punto ofrece una primera enseñanza dogmática: la solemnidad de la forma en la donación inmobiliaria opera como garantía de seguridad jurídica, de seriedad de la liberalidad y de protección de las partes y de terceros. Un documento protocolario, aunque contenga una aceptación expresa, no puede cumplir la función de la escritura pública notarial exigida por la norma civil.

La consecuencia es radical. Si la donación no llegó a existir jurídicamente como negocio traslativo, no pudo servir como título de adquisición del dominio. Ello no significa que el acto de 1938 careciera de relevancia fáctica o histórica; significa, estrictamente, que no produjo el efecto jurídico-real que se le pretendía atribuir.

2. La compraventa de 1941 y la simulación absoluta

La segunda pieza del conflicto fue la escritura pública de compraventa otorgada en 1941. La Audiencia Provincial declaró su nulidad por simulación absoluta y el Tribunal Supremo mantuvo tal declaración. La sentencia resume el razonamiento de la Audiencia indicando que no se vendió nada, sino que se construyó una apariencia negocial dirigida a obtener un título formal e inscribible en el Registro de la Propiedad[5].

[3] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, antecedentes de hecho, segundo, sobre la parcela catastral y las fincas registrales incluidas en la reivindicación.

[4] Art. 633 CC. La sentencia de apelación, confirmada por el Tribunal Supremo, declara la inexistencia jurídica de la donación documentada en el pergamino de 1938.

[5] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, antecedente de hecho sexto, al resumir la sentencia de apelación.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La simulación absoluta se produce cuando la declaración negocial exteriorizada no responde a una voluntad real de celebrar el negocio aparente. En el caso de la compraventa, la existencia de precio cierto es elemento estructural del contrato. Si el precio no fue realmente satisfecho y el negocio no responde a una verdadera finalidad onerosa, la escritura no documenta una compraventa válida, sino una apariencia negocial carente de causa traslativa.

La cuestión no es menor desde el punto de vista sistemático. El Derecho civil admite la autonomía de la voluntad, pero no permite que una forma contractual se utilice para generar una apariencia dominical desconectada de una causa real. La escritura pública es un instrumento de formalización y prueba, no un mecanismo de creación artificial de causa negocial.

3. Registro de la Propiedad y título causal ineficaz

La existencia de inscripción registral a favor de los causahabientes no sanaba la invalidez del título causal. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria establece una presunción de exactitud y legitimación registral, pero el artículo 33 de la misma Ley recuerda que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos conforme a las leyes. La protección registral no puede operar como mecanismo de purga de una nulidad radical del negocio que sirve de causa al asiento[6].

Además, la posición de los demandados no era la del tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No se trataba de terceros extraños que hubieran adquirido de quien aparecía como titular registral confiando en la apariencia del Registro, sino de sucesores dentro de la propia cadena derivada del título discutido. La distinción es esencial: el Registro protege la seguridad del tráfico jurídico, pero no convierte al causahabiente del titular aparente en tercero inmune frente a la ineficacia originaria del título.

Ahora bien, esta conclusión debe distinguirse de otra cuestión distinta: la buena fe posesoria a efectos de liquidación del estado posesorio. Que los títulos no fueran aptos para transmitir el dominio no implica automáticamente que todos los poseedores posteriores deban ser considerados de mala fe a todos los efectos. Precisamente ahí radica uno de los mayores intereses de la sentencia.

IV. LA USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA DEL ESTADO

1. La posesión en concepto de dueño

El núcleo de la casación interpuesta por los demandados se centró en negar que el Estado hubiera poseído en concepto de dueño. La Sala Primera recuerda que la usucapión exige una posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida. No basta la mera tenencia material ni la voluntad interna de comportarse como propietario: es necesario un comportamiento externo, objetivable y recognoscible en el tráfico jurídico[7].

[6] Arts. 33, 34 y 38 LH.
[7] Arts. 447, 1941 y 1959 CC; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 18.º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En el caso del Pazo, la Sala considera acreditado que, entre 1938 y 1975, el inmueble fue utilizado como sede estival de la Jefatura del Estado, con celebración de consejos de ministros, recepciones oficiales, despachos con autoridades y ocupación por funcionarios. A ello se unía que el acondicionamiento, mantenimiento y gestión ordinaria del inmueble fueron asumidos con fondos públicos[8].

La dificultad del caso residía en la confusión entre la persona física que ocupaba la Jefatura del Estado y la institución estatal misma. El Tribunal Supremo afronta esta dificultad sin desconocerla, pero concluye que esa confusión no impide identificar una posesión estatal. La posesión no se deduce de una mera proclamación formal, sino del destino público del inmueble, del uso institucional continuado y de la intervención de órganos y medios públicos en su mantenimiento y explotación.

2. La adquisición por usucapión extraordinaria

La usucapión extraordinaria de bienes inmuebles exige posesión durante treinta años, sin necesidad de justo título ni buena fe, siempre que concurran los requisitos de posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida. El artículo 1959 CC opera, así como modo originario de adquisición del dominio cuando el transcurso del tiempo consolida una situación posesoria cualificada.

La Sala descarta que determinados actos aislados, como transmisiones de fincas colindantes o referencias catastrales y tributarias a favor de Franco, tuvieran capacidad para interrumpir o desvirtuar la posesión estatal respecto de la finca litigiosa[9]. La razón es coherente con la estructura de la usucapión: lo decisivo no es la existencia de indicios documentales contradictorios, sino la valoración global de la posesión ejercida sobre el bien concreto reivindicado.

Desde este punto de vista, la sentencia refuerza una idea clásica: la usucapión no premia cualquier contacto material con la cosa, sino una posesión cualificada que exterioriza una relación dominical. El Estado no adquirió porque el inmueble estuviera vinculado a un episodio histórico, sino porque, según los hechos probados, lo poseyó durante más de treinta años de manera pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño.

3. Destino público y demanialidad

La calificación del destino del inmueble resulta determinante. La Sala recuerda que los bienes destinados a un servicio público integran el dominio público en los términos del artículo 339.2 CC, y conecta esta idea con el uso del Pazo como residencia oficial y sede temporal de actividades de la Jefatura del Estado[10].

El razonamiento presenta una doble dimensión. Por una parte, el destino al servicio público sirve para objetivar la posesión estatal en concepto de dueño. Por otra, una vez integrado el bien en el dominio público,

[8] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 18.º.
[9] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 20.º.
[10] Art. 339.2 CC; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 18.º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

entran en juego los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, con la consecuencia de que no puede ser adquirido por usucapión por particulares mientras mantenga tal condición.

Esta articulación evita una aparente paradoja: la usucapión se utiliza para afirmar la adquisición originaria del Estado, pero la demanialidad resultante impide que la posesión posterior de los particulares pueda producir, sin más, una nueva usucapión. La clave está en distinguir el momento adquisitivo del Estado y el régimen jurídico posterior del bien afectado a un uso o servicio público.

V. DESAFECTACIÓN TÁCITA Y USUCAPIÓN INVOCADA POR LOS DEMANDADOS

1. Régimen restrictivo de la desafectación tácita

Los demandados sostuvieron que, fallecido Franco en 1975, el inmueble habría perdido su destino público, pasando a ser un bien patrimonial susceptible de usucapión. La Sala rechaza esta tesis. El punto de partida es el artículo 132 CE, que somete los bienes de dominio público a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad y remite a la ley la regulación de su desafectación[11].

La sentencia admite que, históricamente, la jurisprudencia ha reconocido supuestos de desafectación tácita, pero subraya su carácter excepcional. La mera inactividad administrativa o el simple transcurso del tiempo no bastan. Son necesarios actos concluyentes, claros e incompatibles con la permanencia de la afectación pública. Esta exigencia es especialmente intensa tras la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuyo régimen general exige acto expreso de desafectación, salvo supuestos legalmente previstos[12].

2. Aplicación al Pazo de Meirás

Aplicada esa doctrina al caso, la Sala concluye que la pérdida del uso como residencia oficial del Jefe del Estado no supuso, por sí sola, abandono de la posesión estatal ni desafectación tácita. La sentencia destaca que, tras el incendio de 1978, el Estado continuó realizando tareas de vigilancia y mantenimiento al menos hasta 1990[13].

Esta afirmación resulta decisiva para rechazar la usucapión de los demandados. Si la eventual posesión en concepto de dueño por los herederos no puede situarse, como pronto, antes del inicio de la década de 1990, en la fecha de interposición de la demanda no había transcurrido el plazo de treinta años exigido por el artículo 1959 CC para la usucapión extraordinaria de inmuebles[14].

---

[11] Art. 132 CE; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 22.º.

[12] Arts. 69.2 y 70.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 22.º.

[13] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 22.º.

[14] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 23.º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El razonamiento es técnicamente relevante porque evita identificar uso familiar o tolerancia administrativa con posesión apta para usucapir. La Sala no niega que los causahabientes utilizaran públicamente el inmueble durante décadas; lo que niega es que todo ese periodo pudiera computar como posesión dominical eficaz frente al Estado, dadas las circunstancias de afectación pública y la ausencia de actos concluyentes de desafectación.

VI. LA LIQUIDACIÓN DEL ESTADO POSESORIO

1. La autonomía de la liquidación posesoria respecto de la titularidad dominical

Uno de los aspectos más interesantes de la STS 386/2026 es que confirma la restitución del inmueble al Estado, pero mantiene la necesidad de liquidar los gastos útiles y necesarios que procedan. Esta solución impide una lectura simplista del caso. La pérdida del pleito dominical no equivale automáticamente a la calificación del poseedor vencido como poseedor de mala fe a todos los efectos.

La Sala define la liquidación del estado posesorio como el conjunto de reglas aplicables cuando finaliza una situación posesoria y comienza otra, debiendo decidirse el destino de frutos, gastos, mejoras y deterioros. El Código Civil dedica a esta materia los artículos 451 a 458, distinguiendo los efectos según la posesión haya sido de buena o de mala fe[15].

La sentencia recuerda que todo poseedor, incluso el de mala fe, tiene derecho al abono de los gastos necesarios; que solo el poseedor de buena fe puede reclamar los gastos útiles o el aumento de valor producido por ellos; y que los gastos suntuarios no son exigibles, aunque pueda retirarse la mejora si ello no deteriora la cosa[16].

2. Buena fe posesoria y carga de la prueba

El debate se complicaba porque la Abogacía del Estado había admitido inicialmente la procedencia de la liquidación del estado posesorio, para después intentar negar la buena fe posesoria mediante alegación complementaria en la audiencia previa. La Sala considera que no podía modificarse de forma sustancial la posición inicial de la demanda, pues ello generaría indefensión y alteraría las bases del debate procesal[17].

En el plano sustantivo, la sentencia recuerda que la buena fe consiste en ignorar que existe un vicio en el título o modo de adquirir, y que se presume mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no convierte en propietario al poseedor, pero sí puede desplegar efectos restitutorios en la liquidación del estado posesorio[18].

[15] Arts. 451 a 458 CC; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 26.º.
[16] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 26.º, con cita de la STS 755/2021, de 3 de noviembre.
[17] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 9.º, 10.º y 25.º.
[18] Arts. 433, 434, 435 y 1950 CC; STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 26.º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La solución es equilibrada. El Tribunal Supremo no afirma que los títulos de los demandados fueran válidos ni que la inscripción registral sanara la nulidad originaria. Lo que sostiene es que, a efectos de gastos, no puede trasladarse automáticamente a los nietos el conocimiento de la invalidez de los títulos precedentes, especialmente cuando existía una cadena registral aparentemente regular y cuando la propia Administración los había tratado durante años como poseedores legítimos, aunque no a título de dueños[19].

3. Periodo temporal de la liquidación

La sentencia fija el periodo de liquidación desde el 20 de noviembre de 1975 hasta el emplazamiento de los demandados en el procedimiento. Este criterio conecta la liquidación posesoria con la interrupción civil de la posesión: la interposición de una acción contradictoria con la posesión del demandado altera jurídicamente la situación posesoria, aunque la eficacia definitiva dependa de que la demanda sea estimada[20].

La consecuencia práctica es clara. En fase de ejecución deberán acreditarse realidad, necesidad, utilidad e importe de los gastos reclamados. La sentencia no concede una indemnización automática ni global; reconoce un derecho a liquidar conforme a las reglas del Código Civil y condiciona el reembolso a la prueba concreta de los gastos que legalmente procedan.

VII. RELEVANCIA JURÍDICA DE LA STS 386/2026

La STS 386/2026 tiene interés más allá del caso concreto por cuatro razones principales.

En primer lugar, reafirma la función estructural de la forma en la donación inmobiliaria. La ausencia de escritura pública no es un defecto menor ni subsanable por documentos ceremoniales o manifestaciones de aceptación. La forma exigida por el artículo 633 CC es elemento de existencia y validez del negocio.

En segundo lugar, confirma que la simulación absoluta de una compraventa impide atribuir eficacia traslativa al negocio aparente. La escritura pública no convierte en compraventa lo que carece de precio real y de causa onerosa. Tampoco la inscripción registral sana el defecto causal originario.

En tercer lugar, ofrece una doctrina especialmente útil sobre posesión pública e institucional en concepto de dueño. La Sala no exige al Estado un comportamiento idéntico al de un particular, sino que atiende a la forma propia en que una Administración exterioriza su posesión dominical: destino público, uso institucional, mantenimiento con fondos públicos, presencia de funcionarios y desarrollo de actos propios de la función estatal.

En cuarto lugar, la sentencia separa correctamente dos planos que a menudo se confunden: la titularidad dominical y la liquidación posesoria. Negar la propiedad de los demandados no obliga necesariamente a negarles cualquier derecho de reembolso. El Derecho civil permite restituir la cosa al propietario y, al mismo

[19] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 26.º y 28.º.
[20] STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo, FJ 28.º, con cita de la STS 545/2012, de 28 de septiembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tiempo, evitar un enriquecimiento injustificado mediante el reconocimiento de los gastos necesarios y, en su caso, útiles.

VIII. CONCLUSIONES

La recuperación dominical del Pazo de Meirás no se explica jurídicamente por una apelación genérica a la memoria histórica, sino por la aplicación concatenada de instituciones civiles y patrimoniales: inexistencia de la donación inmobiliaria por falta de forma, nulidad de la compraventa simulada, ineficacia de los títulos sucesivos, insuficiencia sanatoria de la inscripción registral, adquisición originaria del Estado por usucapión extraordinaria, afectación a un servicio público y liquidación del estado posesorio.

La STS 386/2026 demuestra que la prolongación temporal de una apariencia dominical no neutraliza por sí sola la ineficacia del título causal. El Registro de la Propiedad protege la seguridad del tráfico, pero no blanquea negocios radicalmente ineficaces ni convierte al causahabiente del titular aparente en tercero hipotecario protegido cuando falta el presupuesto legal correspondiente.

La sentencia también evidencia que la usucapión sigue siendo una institución de gran actualidad. Su aplicación no descansa en automatismos temporales, sino en la existencia de una posesión cualificada. La posesión en concepto de dueño exige actos externos, inequívocos y jurídicamente relevantes; y, cuando se trata de una Administración pública, esos actos pueden manifestarse mediante el destino institucional del bien y su utilización efectiva para un servicio público.

Finalmente, el pronunciamiento sobre la liquidación del estado posesorio aporta un elemento de moderación técnica. La restitución del inmueble al Estado no excluye la aplicación de las reglas civiles sobre gastos y mejoras. Esa solución permite preservar la coherencia del sistema: se depura la titularidad dominical, pero se evita que la restitución produzca, sin prueba y sin liquidación, un desplazamiento patrimonial injustificado en relación con los gastos necesarios y útiles que puedan acreditarse.

El caso Meirás queda así como un precedente de notable interés para el Derecho civil patrimonial. Su valor no reside únicamente en el resultado, sino en la metodología: resolver un conflicto históricamente complejo mediante categorías jurídicas ordinarias, con especial atención a la relación entre título, posesión, Registro, dominio público y liquidación posesoria.

IX. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

Código Civil español.

Constitución Española de 1978.

Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

Ley de 7 de marzo de 1940 sobre Patrimonio Nacional.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de A Coruña 137/2020, de 2 de septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, 60/2021, de 12 de febrero.

STS Sala 1.ª 386/2026, de 11 de marzo. Roj: STS 1031/2026. ECLI:ES:TS:2026:1031.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD TRAS CONDENA POR DELITO LEVE DE COACCIONES. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 1ª TS, nº 985/2025 de 19/06/2025

María Cristina García Carballo

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

SUMARIO: *I. Introducción. II. Antecedentes. III. Cuestión Jurídica. IV. Iter procesal. V. Interposición y tramitación del Recurso de Casación. VI. Resolución del recurso. VII. Ley y Jurisprudencia. VIII. Conclusiones. IX. Decisión X. Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

En la STS 985/2025 de 19 de junio de 2025, se formula Recurso de Casación al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del apartado 2 del art. 477 LEC por infracción de lo dispuesto en los arts. 1261, 1265, 1266, 1270, 1275 y 1300 del Código Civil, existencia de error o actuación dolosa por parte del demandado que determina la nulidad del consentimiento prestado en los términos previstos en el art. 1265, y de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos. y al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del apartado 2 del art. 477 LEC por infracción del art. 648.1 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo.

Se interpone Recurso de Casación contra la Sentencia nº 427/2019 de 18 de diciembre, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zamora, dimanante de Juicio Ordinario seguido al número 666/2015 del Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Zamora, sobre Nulidad de escritura de donación.

II. ANTECEDENTES

En el caso de autos, el donante, viudo y sin descendencia, donó su vivienda con reserva de usufructo vitalicia al donatario, mediante escritura pública de fecha 22 de agosto de 2015. La donación se realizó como gratitud por los cuidados y asistencia que el donatario había prestado al donante al regentar un bar próximo al domicilio de éste, tras el fallecimiento de su esposa.

El Juzgado de lo Penal de Zamora, por resolución dictada en fecha 17 de septiembre de 2017, condenó al donatario como autor de un delito leve de coacciones previsto y penado en el art. 172.3º del Código Penal, a la pena de un mes de multa con cuota diaria de 6 euros.

III. CUESTIÓN JURÍDICA

La Sentencia objeto de análisis refuerza la doctrina del TS sobre la revocación de las donaciones por ingratitud, estableciendo que la condena por un delito de coacciones que implique menosprecio hacia el donante y

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

arrogación indebida de derechos sobre el bien donado constituye causa suficiente de revocación, independientemente de los méritos anteriores del donatario que motivaron originalmente la liberalidad[1].

La jurisprudencia establece los siguientes criterios para la revocación: 1º. no es necesaria una condena previa (no es necesario que se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado). 2º. la conducta debe ser socialmente reprobable (ese suficiente una conducta socialmente reprobable que revista o proyecte caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales). 3º. ofensa en la gratitud (debe tratarse de comportamientos por los que el donante resulte ofendido y que revelen ingratitud, siendo suficiente para operar el efecto revocatorio).

IV. ITER PROCESAL

1. D. Rodolfo (el donatario) interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Severino (el donante), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando la demanda se declare: "la nulidad de la donación efectuada por D. Rodolfo a favor de D. Severino en relación al bien inmueble descrito en el cuerpo expositivo de esta demanda, con los efectos legales inherentes a la misma, declarando que mi mandante es el pleno y legítimo propietario de dicho bien y condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones y a restituir, en el plazo que se señale por el Juzgado, el bien donado libre y a la entera disposición de mi representado, así como al pago de cuantos gastos le haya ocasionado al actor la donación realizada, acordándose asimismo la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad de Zamora a que haya dado lugar la donación de la citada finca en el Registro de la Propiedad".

Y con carácter subsidiario se revoque la mencionada donación efectuada del bien inmueble, y en consecuencia se declare la misma ineficaz, declarando el derecho a la restitución del bien donado y a los frutos derivados del mismo desde la interposición de esta demanda, condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones y a restituir, en el plazo que se señale por el Juzgado, el bien donado libre, así como a la entrega de los frutos derivados del referido bien si los hubiere, desde la fecha de interposición de esta demanda, y se acuerde la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad de Zamora a que haya dado lugar la donación de la citada finca en el Registro de la Propiedad.

2. La demanda fue presentada el 3 de diciembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zamora, fue registrada con el n.º 666/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

[1] El Alto Tribunal reitera su doctrina consolidada sobre la interpretación del precepto. El carácter tasado pero flexible y el concepto amplio de delito. Los hechos tipificados como causas de ingratitud tienen carácter tasado conforme al principio de legalidad, pero la liberalidad en la descripción de las causas puede ser objeto de interpretación. La expresión "comisión de algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante", no debe adscribirse a títulos concretos del Código Penal, sino interpretarse en relación con todos aquellos delitos por los cuales pueda resultad ofendido el donante en su gratitud.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. El demandado presentó escrito de contestación a la demanda, en solicitud del dictado de resolución desestimatoria de la demanda, con expresa imposición de costas al demandante.
4. En fecha 13 de septiembre de 2018 se dicta sentencia estimatoria de la demanda presentada por la que se revoca la donación efectuada por Rodolfo a favor de Severino de la vivienda litigiosa, con el siguiente pronunciamiento: "Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de Don Rodolfo frente a Don Severino, revocando la donación efectuada por Don Rodolfo a favor de Don Severino de la vivienda litigiosa sita en la DIRECCION000 de Zamora, mediante escritura de 22 de agosto de 2015, que volverá al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiere hecho y las hipotecas que sobre ellos en su caso hubiese impuesto, con posterioridad a la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad, debiendo proceder el demandado a la devolución de los frutos percibidos desde la interposición de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada".
5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Severino e impugnada por D. Rodolfo.

La Sección 1ª de la AP de Zamora Rollo 23/2019 conoció de los recursos y dictó sentencia en fecha 18 de diciembre de 2019 por la que con desestimación del recurso de apelación formulado por el donante confirmó la sentencia de 1ª Instancia, con el siguiente fallo: "Desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Rodolfo frente a la Sentencia dictada por el Juez del Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Zamora, en fecha 13 de septiembre de 2018 y en el Procedimiento Ordinario n.º 666/2015, procede la confirmación de dicha resolución en relación con los pronunciamientos recurridos, con imposición de las costas a la parte recurrente" "Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Severino debemos dejar sin efecto el pronunciamiento de la Sentencia de instancia relativo a la procedencia de revocación por ingratitud de la donación objeto de procedimiento, lo que da lugar a la desestimación de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso. No se hace expreso pronunciamiento respecto de las costas de la primera instancia".

V. INTERPOSICIÓN Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

D. Rodolfo interpone recurso de casación, primero, al amparo de lo dispuesto en el número 3 del apartado 2 del art. 477 LEC por infracción de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265, 1266, 1269, 1270, 1275 y 1300 del Código Civil, existencia de error o actuación dolosa por parte del demandado que determina la nulidad del consentimiento prestado en los términos previstos en el art. 1265 y de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos. Y segundo, amparo de lo dispuesto en el número 3 del apartado 2 del art. 477 LEC por infracción del art. 648.1 del CC y de la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La Sala acuerda:

1.º) Inadmitir el motivo 1.º del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Rodolfo contra la sentencia 427/2019, de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, dictada en el rollo de apelación n.º 23/2019, que dimana de los autos de juicio ordinario 666/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zamora.

2.º) Admitir el motivo 2.º del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Rodolfo contra la sentencia 427/2019, de 18 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, dictada en el rollo de apelación n.º 23/2019, que dimana de los autos de juicio ordinario 666/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zamora».

VI. RESOLUCIÓN DEL RECURSO

Primero

El recurso de casación se interpone por el donante de la nuda propiedad de una vivienda contra la sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, considera que, aunque el donatario fue condenado penalmente por un delito leve de coacciones, los hechos no revisten la entidad suficiente para ser causa de revocación de la donación por ingratitud. La sala estima el recurso de casación y confirma la sentencia de primera instancia[2].

1. La sentencia de primera instancia desestima la acción de nulidad y estima la subsidiaria de revocación de la donación por ingratitud. La sentencia parte de los siguientes hechos:

Rodolfo viudo y sin descendencia, donó su vivienda reservándose el usufructo mediante escritura pública otorgada ante el notario Juan Villalobos el 22 de agosto de 2015 a favor del demandado Severino, otorgándose el mismo día testamento abierto ante el mismo notario en el que llegaba a su hermano la sepultura e instituía herederos por iguales partes a sus sobrinos y hermano Alexander.

La donación efectuada por el actor libre y voluntariamente lo fue tras iniciar una relación de amistad confianza y dependencia con el demandado, que regentaba el bar próximo al domicilio del actor, como gratitud a sus cuidados y asistencia. Mediante sentencia de 27 de septiembre de 2017 de conformidad, dictada por el Juzgado de lo Penal de Zamora dictada en los autos 78/2017, se condenó al demandado Severino como autor de un delito leve de coacciones del artículo 172.3[3] del Código Penal a la pena de multa de un mes con una cuota diaria

[2] D. Rodolfo interpone una acción de nulidad de donación de una vivienda por error en el consentimiento y, subsidiariamente, de revocación por ingratitud frente a D. Severino, donatario.

[3] Art. 172.3º CP: "fuera de los casos anteriores, el que causare a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de 6 euros, declarándose como hechos probados que el demandado Severino, que recibió en donación mediante escritura pública otorgada ante notario el día 16 de agosto de 2015 un piso propiedad de Rodolfo con reserva de usufructo de la vivienda para el propietario, sin respetar dicho derecho, aprovechando que el actor Rodolfo estaba en una residencia de la tercera edad, sin consentimiento ni conocimiento del mismo, decidió cambiar la cerradura de la vivienda, el día 8 de octubre de 2015, negándose a entregar las llaves del piso a los familiares de Rodolfo los cuales tuvieron que acudir a la vía judicial para que el acusado hiciera entrega de las llaves».

La sentencia del juzgado concluye que en el caso no solo concurre la existencia de un delito de coacciones por el que el demandado ha resultado condenado, habiendo mostrado su conformidad con la pena impuesta, sino que además de dicha condena resulta la existencia de hechos probados que evidencian la existencia de una conducta del donatario socialmente reprobable que ha revestido caracteres delictivos, ofensivos para el donante.

El demandado recurre en apelación y el actor impugna la sentencia solicitando que se estime su pretensión principal de anulación de la donación por dolo y error en el consentimiento.

2. La sentencia de la Audiencia Provincial desestima la impugnación del actor, estima el recurso interpuesto por el donatario, revoca la sentencia y desestima la demanda.

Después de desestimar la pretensión referida a la nulidad de la donación por vicio del consentimiento, la sentencia de la Audiencia explica las razones por las que considera que, pese a que haya resultado acreditada la condena por un delito de coacciones leves, la conducta del demandado no es de la gravedad suficiente para considerar que ofende al donante y significar la ingratitud que exige el art. 648.1.º CC[4]. La Audiencia entiende que, con dichos hechos, en las circunstancias del caso, el donante no resultaba ofendido en la gratitud de sobra manifestada durante el tiempo anterior. Tiene en cuenta para ello que, desde el fallecimiento de la esposa del donante en junio de 2014, el donatario cuidó del donante, realizó las gestiones para que fuera a la residencia, donde le visitaba y le llevaba lo necesario, y que las circunstancias en las que se produjo el cambio de cerradura de la vivienda por el donatario deben ponerse en relación con las complicadas relaciones que se produjeron una vez que los familiares del donante tuvieron conocimiento de la existencia de la donación.

[4] Art. 648 CC: "también podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1º. si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante. 2º. si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo apruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad". 3º. se le niega indebidamente los alimentos".

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. Contra esta sentencia interpone recurso de casación la representación procesal del demandante, Rodolfo, por el cauce del art. 477.2.3.º LEC. El recurso se funda en dos motivos, de los que solo ha sido admitido el segundo.

Segundo

El motivo admitido considera infringido el art. 648.1º CC. La conducta del donatario que ha dado lugar a dictarse sentencia condenatoria está tasada como causa para la revocación de dicha donación, por lo que el tribunal de apelación infringió dicho precepto, puesto que la conducta del donatario (condenado por delito leve de coacciones) debió ser causa de revocación de la donación respetando el principio de legalidad.

En el motivo del recurso de casación que ha sido admitido el recurrente considera infringido el art. 648.1.º CC[5]. Argumenta que «la conducta del donatario Severino que ha dado lugar a dictarse una sentencia condenatoria, está tasada como causa para la revocación de dicha donación, por lo que el tribunal de apelación infringió dicho precepto, ya que la conducta del donatario el cual ha sido condenado por un delito leve de coacciones debió ser causa de revocación de la donación respetando el principio de legalidad, incluso aunque formalmente no hubiese existido una condena por dicha conducta (...)».

En el desarrollo del motivo se refiere igualmente a otros hechos, como la sustracción de un anillo, un reloj de oro que retiró el demandado del domicilio del señor Rodolfo sin su conocimiento y se los llevó a su casa con ánimo de apropiárselos, devolviéndolos posteriormente cuando fue requerido al descubrir Rodolfo su falta; afirma que este hecho fue calificado por el fiscal y la acusación particular como delito de hurto, siendo retirada la acusación tras la conformidad alcanzada en vía penal. En similar sentido se refiere a los daños causados a la puerta o el hecho de dar de baja la luz y el agua de la vivienda con ánimo de perjudicar al señor Rodolfo, conforme obra en diligencias penales. Añade que estos hechos no fueron formalmente condenados, pero socialmente son reprobables y revisten caracteres delictivos.

Tercero

La parte recurrida se ha opuesto al recurso argumentando que no existe interés casacional, que la parte recurrente se basa en hechos que no son ciertos. Sostiene que no existe ingratitud, sino todo lo contrario, dado que Severino le manifestó al demandante que ya que le donaba la vivienda se iba a portar como el hijo que no tuvo y así fue, pues fue el único que se ocupó, desde la muerte de su esposa, de atender a Rodolfo, llevándole la comida, ordenando la limpieza de la vivienda a cargo de una empleada del bar, acompañándole al médico cuando fue preciso, incluso asistencias en el servicio de urgencias y gestionando finalmente su ingreso en la

[5] Para justificar el interés casacional cita las sentencias 23 de octubre de 1983, 1745/1987, de 9 de noviembre; 499/2000, de 13 de mayo (recurso 1205/1997); 1287/2006, de 5 de diciembre (recurso 455/2000); 747/2012, de 18 de diciembre (recurso 881/2010) y 422/2015, de 20 de julio (recurso 1681/2013).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

residencia de "San Gregorio", a la que acudía a diario para hacerle compañía. Señala que dejó de ir a la residencia por decisión de Rodolfo quien, a través de la asistenta social le dijo que no volviera más. Añade que ciertamente Rodolfo ocultó la donación a sus familiares, quienes la descubrieron al recoger del buzón Alexander, el hermano de Rodolfo, la carta de la Gerencia del Catastro por la que se comunicaba el cambio de titularidad, pero que el propio Severino manifestó en el acto del juicio que le había dicho a Rodolfo en varias ocasiones que dijera a su hermano y sobrinos que le había donado la vivienda, que no había nada que ocultar.

Sobre la revocación por ingratitud del art. 648 CC argumenta que en el caso hubo un cambio de cerradura, y que no recibió el burofax que dicen le enviaron, y no se le advirtió del anterior cambio de cerradura ni se le prohibió la entrada al piso; que lo que sucedió es que con la habitualidad de acceder a la vivienda, cuando, una vez que conoce que Alexander ya se había marchado a Barcelona, acude de nuevo, y al rompérsele la llave por intentar abrir, comprueba que habían cambiado la cerradura, sin ninguna advertencia previa, y sin saber por qué, de modo que procedió a sustituirla para seguir teniendo acceso a la misma como lo había tenido siempre. Argumenta que el cambio de cerradura no supone un atentado contra la persona, el honor o los bienes del donante y que de acuerdo con la jurisprudencia es suficiente un comportamiento socialmente reprobable o condenable, por el que el donante resulte ofendido y revele ingratitud, y es precisa una conducta que ofenda al donante en su gratitud, es decir, ha de poner de manifiesto la ingratitud del donatario para con el donante que compense la gratitud de aquel y, por ello, debe analizarse si la condena por el delito leve de donaciones que consistió en el hecho de procederse por el donatario a cambiar la cerradura de la vivienda de la que era nudo propietario sin el consentimiento, ni el conocimiento del mismo y la negativa a la entrega de las llaves a los familiares del donante hasta que no fueron reclamadas judicialmente, puede considerarse como conducta integrante de ingratitud con las características exigidas jurisprudencialmente.

Cuarto

En este caso queda acreditado el interés casacional a la vista de las sentencias en las que la sala se ha ocupado de la revocación de las donaciones por ingratitud.

La sentencia 422/2015, de 20 de julio, que se refiere a un caso de revocación de donación por ingratitud, en un caso en el que hubo por parte de la donataria «una bofetada al padre», e «insultos e injurias graves a la madre», admite la revocación de la donación hecha a la hija mediante una interpretación flexible del art. 648.1.º CC, pero no deja de mencionar, para apreciar causa de revocación por ingratitud, la exigencia de que la «conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante».

En la sentencia 747/2012, de 18 de diciembre, se invoca también el art. 648.1.º CC como motivo de casación, pero no se acredita el maltrato ni, cuando se alega el art. 648.3.º CC, la denegación de alimentos. La sentencia, que distingue los casos de donación simple y donación modal).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En este ámbito conviene diferenciar dos planos interpretativos acerca del alcance del artículo 648 del Código Civil.

En el primero, los hechos tipificados como causas de ingratitud tienen un carácter tasado, conforme al principio de legalidad que sigue nuestro sistema codificado en esta materia, que permanece inalterado; entre otras, sentencia de esta Sala de 13 mayo 2000 (nº 499, 2000).

En el segundo plano, la literalidad en la descripción o contenido de las causas tipificadas sí que puede ser objeto de interpretación. En el supuesto primero del artículo 648: "Comisión de algún delito contra la persona, al honor o los bienes del donante", la Sentencia de esta Sala de 27 febrero 1995, conforme a la doctrina científica, ya precisó que la literalidad de las expresiones utilizadas no debían adscribirse a títulos concretos del Código Penal, sino que el precepto debía interpretarse en relación a todos aquellos delitos por los cuales pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, siendo suficiente para operar el efecto revocatorio previsto en la norma. En esta línea, tampoco resulta necesario a tal efecto que se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado. Sin embargo, esta interpretación flexible de la literalidad tiene la delimitación causal que impone el precepto, en el sentido de que no basta una conducta que resulte sólo social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales, Sentencia de esta Sala de 5 diciembre 2006 (nº 1287, 2006)».

En la sentencia 1287/2006, de 5 de diciembre -en un caso de apropiación de cantidades del donante por los donatarios y condena tanto a la restitución como la procedencia de la revocación de la donación por ingratitud, declara reiterar la interpretación jurisprudencial del art. 648.1.º CC:

El primero mantiene la infracción del artículo 648, número 1.º del Código civil que prevé la revocación de la donación por ingratitud si los donatarios han cometido algún delito contra los bienes del donante, entendiendo por delito la "conducta socialmente reprobable, pero con base en acciones que puedan ser delictivas, aunque no formalmente declaradas tales", como dice la sentencia de 13 de diciembre de 1993 y es constante jurisprudencia que ahora se reitera.

La sentencia de 19 de noviembre de 1987 (ROJ: STS 8788/1987 - ECLI:ES:TS:1987:8788) en un supuesto que se asemeja al que nos ocupa, puesto que el donatario consuma un delito de coacciones que consisten en el corte del suministro de agua a la vivienda del donante, afirma:

Procede ahora el examen del motivo tercero, que con el mismo apoyo procesal que los anteriores, estima como infringido por interpretación errónea "el n.° 1.º del art. 648 del Código Civil y n.º 2.° y 3.º, y se desarrolla sobre la base de que en el proceso penal iniciado por el recurrente contra el recurrido su sobrino y donatario este

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

resultó condenado por un delito de coacción por sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 22 de octubre de 1983[6] .

Criterio análogo ha seguido la sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1983, de la que se deduce que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también aunque otro de los donantes no sea a la sazón sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente como conducta socialmente reprobable o condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito. Por lo expuesto, es procedente la estimación de este motivo, y sin necesidad de resolver sobre el segundo, dar lugar a la casación de la sentencia, con estimación de la petición que en quinto lugar del suplico de la demanda se formula con carácter subsidiario, acordando, por tanto, la revocación de la donación por causa de ingratitud por darse el caso que señala el n.° 1.° del art. 648 del Código Civil».

La sentencia de 23 de octubre de 1983, en un caso en el que la donataria resultó indultada por unas coacciones y vejaciones, dice respecto de tales hechos: «Tienen una naturaleza penal indudable aunque no llegaran a ser calificadas punibles y, consiguientemente, a ser sancionadas por la competente jurisdicción penal, que encontró cortado su camino por el indulto anticipado de la conducta de la procesada, carácter penal que obliga a tomarlas en consideración enjuiciándolas y calificándolas en su dimensión punible, por el juez civil, a los solos efectos de fundar la ingratitud que está en la base de la acción revocatoria ejercitada, la cual, no puede quedar detenida añadiendo el indulto -que es siempre un acto de gracia referido a la conducta penalmente relevante- un efecto adicional de carácter civil, no querido por el legislador, que en pugna con la naturaleza del propio acto de gracia, vendría a negar la evidencia de una ingratitud a la que, el Código civil, anuda el concreto efecto de dar vida a la acción revocatoria de la donación, conclusión insatisfactoria a la que se oportuno añadir, abundando en el rechazo de los motivos en estudio, la más que fundada duda de la del Código Civil emplea la expresión «delito» en su acepción técnica generalmente aceptada de acción típicamente antijurídica culpable y punible o, en el sentido, de conductas penalmente sancionables y, como tales, ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante, ya que si esta última interpretación amplia, parece contraria a la expresión literal «delito» que la norma civil emplea, de aquella

[6] La sentencia impugnada ha estimado que este hecho no debe incluirse en el n.° 1.º del art. 648 del Código Civil como causa de revocación de donaciones por ingratitud, sin embargo, es de tener en cuenta que el citado precepto legal se refiere como causa de revocación de donaciones al hecho de "cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», expresiones que por su literalidad no hay que reconducir a títulos del Código Penal en concreto, pues no existen con esas palabras más que el título de "delitos contra las personas», de ahí que la norma haya de interpretarse, como hace gran parte de la doctrina científica, en el sentido de que no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad a la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud. Así lo es, sin duda, la condena por un delito de coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, puesto que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta, sea esa lícita o ilícita, y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

otra estricta surgen problemas que impugnan seriamente su aceptación, entre ellos todos los nacidos de la extinción de responsabilidad penal antes de la condena por los Tribunales de ese orden (indulto anticipado, muerte del reo, etc.) o de la no punibilidad de la conducta, no obstante contener, como en el supuesto de la excusa absolutoria de próximos parientes (respecto de los delitos en que esta excusa entra en juego) el mayor coeficiente de desconsideración e ingratitud para con el donante cuyo techo cobija al donatario; si a ello añadirse la certidumbre de que el texto legal no usa las expresiones «delito contra la persona, la honra o los bienes del donante» con precisión técnica alguna, puesto que, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que, de toda la gama de delitos que el Código penal comprende, sólo determinan ingratitud, a efectos de la revocación de donaciones, los contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra (por cierto no figurados, penalmente, bajo esta rúbrica) y los atentados contra la propiedad, dando a estos últimos una acusadísima preferencia, como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos, sobre aquellas otras, indudablemente más graves, como son los tipificados contra la libertad y seguridad, honestidad, etc. que quedarían excluidos de la nota de ingratitud todo lo cual agudiza los problemas que suscita la interpretación literal del Código, cuyo texto expreso, obviamente, reduce con demasiada frecuencia, el límite de aplicabilidad de la norma produciendo un sensible vaciamiento de lo que constituye el núcleo de la conducta civilmente intolerable, esto es, la ingratitud, cuya estimación, tan condicionada, a la hora de la revocación de las donaciones, resalta al lado de la clara amplitud del término en punto a las causas de indignidad para suceder o desheredación, que, algún destacado sector de la doctrina, trae a examen comparativo con la oportuna observación de que la mayor severidad ha de bascular del lado del donatario, que todo lo debe al donante, mientras la ley y los vínculos de familia, que están en la base de la herencia, abonan la tesis favorecedora del heredero».

Quinto

La aplicación al caso de autos determina la estimación del recurso de casación, la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia del juzgado, que estimó la acción de revocación de la donación por ingratitud.

De acuerdo con la jurisprudencia reseñada, dada la falta de precisión técnica al referirse al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos, el art. 648.1.º CC es aplicable a todos aquellos comportamientos delictivos por los que el donante resulte ofendido o perjudicado y que revelen ingratitud. Así se ha considerado por la sala la condena por un delito de coacciones, que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, con el argumento de que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Los cuidados que prestó el donatario al donante con anterioridad a la donación pueden explicar los motivos que habrían impulsado al donante a favorecer al donatario, pero no constituyen una patente que autorice al donatario a realizar cualquier acto con posterioridad, y precisamente a lo que se refiere la revocación de la donación por causa de ingratitud contemplada en el art. 648 CC es al comportamiento ingrato de quien ya ha recibido la donación.

En el caso, son hechos declarados probados o no discutidos que el donante se reservó el usufructo vitalicio de la vivienda donada y que la donación se otorgó el 26 de agosto de 2015, unos días antes de que el demandado gestionara el ingreso del donante en una residencia, lo que tuvo lugar en septiembre de 2015. Cuando a finales de septiembre un hermano del donante que vive fuera de Zamora acude a visitarle, el donante le entrega unas llaves de la casa para que se aloje en la misma durante su estancia en la ciudad. El hermano recoge la correspondencia y se la lleva al demandante a la residencia. Entre la correspondencia se encuentra un documento que revela la donación efectuada. Las partes en este procedimiento (donante y donatario) discrepan acerca de algunos detalles, como si el demandado retiró o no determinados bienes de valor del domicilio (lo que no se recoge como hecho probado en la sentencia), o sobre la percepción que tenía el donante acerca del contenido de las escrituras que había otorgado el día 26 de agosto de 2015 (un testamento a favor de su hermano y sobrinos, y la donación a favor del demandado a la que se refiere este litigio). De lo que debemos partir, por haber quedado firme, es de la validez de la donación, al no haber considerado acreditado la sentencia recurrida el vicio de consentimiento del donante. También debemos partir de la posterior condena penal del demandado por haber cambiado la cerradura de la vivienda después de la donación, a pesar de que el donante se había reservado el usufructo vitalicio.

Es este comportamiento del demandado recogido en la sentencia penal el que integra la causa de ingratitud, sin que tal actuación pueda justificarse por las complicadas relaciones que surgieron a raíz de que la familia del donante tuviera conocimiento de la donación. Por el contrario, el cambio forzado de cerradura, que propició que otro vecino llamara a la familia y que acudiera la policía, revela desprecio y desconsideración hacia la persona del donante, de cuya voluntad prescindió totalmente el donatario al cambiar las cerraduras, pues pretendió atribuirse en exclusiva un uso de la vivienda que el donante solo quiso atribuirle en el momento de su fallecimiento.

El hecho de que el donante se trasladara a una residencia unos días después de haber efectuado la donación a favor del demandado, que fue quien gestionó el ingreso en la residencia, no permitía al demandado arrogarse las decisiones relativas a la forma de uso y aprovechamiento de la vivienda, que solo le correspondían al propio donante en virtud de la reserva que hizo del usufructo, bien como hizo entregando puntualmente las llaves al hermano que se trasladó a Zamora para visitarle, bien gestionando algún tipo de explotación que le permitiera obtener ingresos económicos que revirtieran en su propio beneficio para mejorar sus condiciones en la residencia. El cambio de cerradura que dio lugar a la condena penal del donatario por coacciones revela un

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

menosprecio hacia el donante, un ninguneo del donante y de su voluntad, lo que debe valorarse como un comportamiento ética y socialmente reprobable que justifica la voluntad revocatoria de la donación por parte del donante al amparo de lo dispuesto en el art. 648.1.º CC.

VII. LEY Y JURISPRUDENCIA

El Código Civil regula la revocación de las donaciones en el Capítulo IV del Título II del Libro III del CC y determina en su art. 648 "también será revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los siguientes casos: 1º. si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante".

La STS de fecha 19 de noviembre de 1987, analiza un caso similar donde el donatario cometió coacciones consistentes en cortar el suministro de agua, estableció que la condena por coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante justifica la revocación.

La STS de fecha 23 de octubre de 1983, es una resolución clave en la revocación de donaciones por ingratitud, estableciendo que no es necesaria una condena penal previa para revocar una donación, sino que basta con una conducta del donatario que, aunque no sea delito formalmente declarado (como coacciones, injurias graves o negación de alimentos), sea socialmente reprobable y revele ingratitud hacia el donante, afectando su persona, honra o bienes, consolidando la jurisprudencia sobre el "ius gratitudinis".

En resumen, esta sentencia consolidó la interpretación de que actos graves de maltrato (psicológico, físico, etc.), pueden justificar la revocación de una donación por ingratitud, incluso si no llegan a ser delitos tipificados o condenados formalmente en la jurisdicción penal.

La STS 422/2015 admitió la revocación mediante una interpretación flexible del art. 648.1º CC, para incluir casos de maltrato grave (físico y psicológico) como causa de revocación, más allá de delitos penales, permitiendo revocar una donación si el donatario en este caso una hija, agrede a los padres mediante bofetadas e insultos, demostrando que la jurisprudencia amplía las causas de ingratitud, manteniendo la exigencia de que la conducta socialmente reprobable revista o proyecte caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante.

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio 2015 el maltrato por parte del donatario hacia el donante queda calificado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 del Código Civil.

VIII. CONCLUSIONES

EL TS, considera que el cambio de cerradura constituye causa de revocación por el menosprecio hacia el donante, en el que su comportamiento revela desprecio y desconsideración hacia la persona del donante, de cuya voluntad prescindió totalmente el donatario. Y arrogación indebida de derechos, ya que pretendió

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

atribuirse en exclusiva un uso de la vivienda que el donante solo quiso atribuirle en el momento de su fallecimiento, dado que se había reservado el usufructo vitalicio. El hecho del contexto de la conducta cuando el donante se trasladó a una residencia no permitía al donatario arrogarse las decisiones sobre el uso de la vivienda, que correspondían al usufructuario.

Y establece un principio importante comprensivo de la irrelevancia de los cuidados anteriores, ya que los cuidados prestados anteriormente pueden explicar los motivos que impulsaron la donación, pero no constituyen una patente que autorice al donatario realizar cualquier acto con posterioridad. La revocación por ingratitud se refiere específicamente al comportamiento ingrato de quien ya ha recibido la donación, no a los méritos anteriores que motivaron la liberalidad.

IX. DECISIÓN

El TS estima el Recurso de Casación interpuesto por Rodolfo contra la sentencia 427/2019, de 18 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 23/2019, que dimana de los autos de juicio ordinario 666/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zamora.

El TS casó la sentencia de la AP de Zamora, confirmando la sentencia dictada en primera instancia que revocaba la donación.

Declaró la revocación de la donación efectuada por el donante a favor del donatario.

X. JURISPRUDENCIA

STS 23 de octubre de 1983 (RJ 1983/5338).

STS 1745/1987, de 9 de noviembre de 1987.

STS 499/2000, de 13 de mayo de 2000.

STS 1287/2006, de 5 de diciembre de 2006.

STS 747/2012, de 18 de diciembre de 2012.

STS 422/2015, de 20 de julio de 2015.

STS 44/2023, de 18 de enero de 2023.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

VEINTICINCO AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES Y LA INCIDENCIA SOBRE LA JUSTICIA ROGADA Y LA CONGRUENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Manuel Jesús Martínez López

Doctor en Derecho. Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. *Solicitor of the Senior Courts of England and Wales*. Profesor Colaborador, Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: *I. Introducción. II. La interpretación del Tribunal de Justicia de los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE; la aplicación conjunta de los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad y la Carta de Derechos Fundamentales. III. Una reflexión sobre sus efectos en los principios de justicia rogada y congruencia en el proceso civil español. IV. Conclusiones. V. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se centra en dos cuestiones.

En primer lugar, se analiza ciertas sentencias que ilustran la jurisprudencia desarrollada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) durante el primer cuarto del s. XXI en materia de control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores. desde la seminal Océano Grupo Editorial y Salvat Editores a la reciente GR REAL[1].

En segundo lugar, en el análisis del efecto de esta parte del *acquis* sobre los principios del proceso civil español de justicia rogada y congruencia.

Este análisis resulta de interés por dos razones. Una, por la relevancia de la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE para aplicar los principios y las disposiciones de Derecho procesal civil interno en materia de consumo. El relevante desarrollo del *acquis* de la Unión en esta materia ha alterado para siempre la práctica procesal civil cuando las partes son un consumidor y un profesional. Dos, por la relevante incidencia del control de oficio y de los principios de equivalencia y efectividad del Derecho de la Unión sobre la autonomía procesal de los Estados miembros. En

[1] La última sentencia realizada para la preparación del presente artículo es la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2025, asunto *GR REAL* (C-351/23, EU:C:2025:474). Este artículo se centra en la influencia del control de oficio de cláusulas abusivas sobre los principios de justicia rogada y congruencia, de modo que otros principios relevantes en esta materia (p.ej., cosa juzgada) quedan fuera de su alcance dada su limitada extensión.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

este caso, sobre los principios de justicia rogada y congruencia que, como se verá, pueden llegar a ceder ante la aplicación de la interpretación del Tribunal de Justicia.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LOS ARTÍCULOS 6.1 Y 7.1 DIRECTIVA 93/13/CEE; LA APLICACIÓN CONJUNTA DE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA PROCESAL, EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE

Los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE constituyen el fundamento de la jurisprudencia del TJUE sobre el control de oficio de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

En primer lugar y ya en 2000 en los asuntos acumulados Océano Grupo Editorial y Salvat Editores[2], el TJUE estableció la procedencia del control de oficio de cláusulas potencialmente abusivas en contratos con consumidores con base en los siguientes fundamentos.

Uno, que el control de oficio de cláusulas potencialmente abusivas es una competencia del Juez nacional y se basa en la inferioridad negociadora e informativa del consumidor consustancial a los contratos de adhesión entre consumidores y profesionales.[3] Dos, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula[4]. Tres, el sistema de tutela del consumidor se funda en una intervención positiva, ajena a las partes, que funda que los Estados miembros deban prever medios adecuados y eficaces para el cese en el uso de cláusulas abusivas ex art. 7.1[5]. Y cuatro, el control de oficio es idóneo para cumplir con lo previsto en los arts. 6.1 y 7.1[6].

En la línea de estos pronunciamientos, el TJUE ha explicitado posteriormente que el fundamento de los arts. 6.1 y 7.1 es el interés público de la protección del consumidor[7].

En segundo lugar y desde la primera década del presente siglo, también resulta pacífico que el art. 6.1 es una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas equivalente a las normas de orden público de Derecho interno[8].

---

[2] STJUE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346).

[3] Ver *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, párrafo 25.

[4] *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, párrafo 26.

[5] *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, párrafo 27.

[6] *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, párrafo 28.

[7] Ver, entre otras por su especial claridad, *Gutiérrez Naranjo y otros*, párrafo 56; *GR REAL*, párrafo 54.

[8] Incluyendo, entre otras, las SSTJUE de 26 de octubre de 2006, asunto *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675), párrafos 35-36 (este último, citado) y de 6 de octubre de 2009, asunto *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, EU:C:2009:615), párrafos 30, 51-52.
Posteriormente y entre otras, merece destacar las SSTJUE siguientes: de 14 de junio de 2012, asunto *Banco Español de*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La naturaleza e importancia de la protección del consumidor como interés público fundamentan el carácter del art. 6.1 de disposición equivalente a una norma de orden público[9] y también, fundamentan dicho control de oficio[10]. A estos efectos y recientemente en Unicaja Banco, el TJUE establece que, si las normas de orden público de Derecho interno constituyen excepciones a la aplicación de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de la *reformatio in peius* del Derecho interno, también el control de oficio de cláusulas potencialmente abusivas ex art. 6.1 Directiva 93/13/CEE constituirá una excepción[11].

En tercer lugar y conforme al art. 6.1, las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, de modo que el Juez nacional no deberá aplicarlas, salvo que este se opusiera. La consecuencia habitual es que, si el Juez nacional declara la existencia de una cláusula abusiva –y, así, debe "abstenerse de aplicarla"– también declarará su nulidad y los efectos restitutorios íntegros derivados de la nulidad[12]. Todo ello, sin perjuicio de que, incluso en el caso de nulidad, la protección a posteriori meramente indemnizatoria no resulta un medio adecuado y eficaz con carácter general frente a la alternativa de la declaración y efectos de la nulidad por abusividad de la cláusula en cuestión con correlativa devolución de lo entrega, sobre todo cuando es un inmueble, máxime si es una vivienda habitual. Todo ello, sin perjuicio de excepciones cuando existen derechos de terceros[13].

En cuarto lugar y en aplicación del art. 7.1, el Juez nacional no podrá modificar la cláusula abusiva porque eliminaría el efecto disuasorio de que las cláusulas abusivas no vinculen consumidor, frustrando el fin a largo

---

Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), párrafos 40 y 48; de 14 de marzo de 2013, asunto *Aziz / Catalunyacaixa* (C-415/11, EU:C:2013:164), párrafos 45 y 52; de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados *Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), párrafos 54 y 55; de 17 de mayo de 2022, asunto *Unicaja Banco* (C-869/19, EU:C:2022:397), párrafo 24 –que trata específicamente sobre, entre otros, los principios de justicia rogada y congruencia–; la Sentencia de 17 de mayo de 2022, asunto *Ibercaja Banco* (C-600/19, EU:C:2022:394), párrafos 36 y 43.

También procede citar: la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), párrafo 25 –si bien únicamente la conceptúa como disposición imperativa–.

9 Ver: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 52; *Gutiérrez Naranjo y otros*, párrafo 56; *Unicaja Banco*, párrafo 24. Ver también *Mostaza Claro*, párrafos 35, 37 y 38.

Entre otras, ver también *Pannon GSM*, párrafo 31; y la STJUE de 9 de abril de 2024, asunto *Profi Credit Polska*, (C-582/21, EU:C:2024:282), párrafo 73 y jurisprudencia citada) –.

10 Ver *Mostaza Claro*, párrafos 37 y 38.

Entre otras, ver también *Pannon GSM*, párrafo 31; *Gutiérrez Naranjo* y otros, párrafos 56 y 58; *Profi Credit Polska*, párrafo 73; *Ibercaja Banco*, párrafo 50.

11 Ver *Unicaja Banco*, párrafos 26 y 27.

Nótese que es el Tribunal Supremo el que somete esta cuestión prejudicial al TJUE, dadas sus dudas sobre los efectos de la respuesta del TJUE en *Gutiérrez Naranjo y otros*, en la que el TJUE dictamina que la nulidad de la cláusula abusiva ha de tener por consecuencia una restitución íntegra, no una restitución parcial. Ver *Gutiérrez Naranjo y otros*, párrafos 16 y 17.

12 Ver, entre otras: *Mostaza Claro*, párrafos 35 y 39; *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 55; *Banco Español de Crédito*, párrafos 65 y 69; *Aziz*, párrafos 41, 57 y 60; STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), párrafos 77 y 79; *STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250)*, párrafos 53-54.

Ver también, entre otras si hacer referencia expresa a la "nulidad" sino a la "abstención de aplicar" la cláusula abusiva, *Pannon GSM*, párrafo 35.

13 Ver: STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto *Banco Santander* (C-598/15, EU:C:2017:945), párrafos 44 y 50; *Ibercaja Banco*, párrafo 57.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

plazo del art. 7.1, esto es, que los profesionales cesen en el uso de cláusulas abusivas[14]. Sin embargo, el Juez nacional sí podrá sustituirla por una disposición supletoria de Derecho nacional, sobre todo cuando la nulidad de la cláusula abusiva tuviera por efecto la nulidad del contrato afectado que *ocasionará* un mayor perjuicio al consumidor que al profesional –consecuencia que también frustraría su efecto disuasorio–[15].

2. El control de oficio de cláusulas potencialmente abusivas en contratos con consumidores conforme a la Jurisprudencia del TJUE. Aplicación de los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad

Conforme a lo previsto en los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE, el TJUE ha establecido una doctrina jurisprudencial mediante la que afirma la procedencia del control de oficio de las cláusulas potencialmente abusivas en contratos con consumidores amparados por la Directiva. Como se ha avanzado, la protección del consumidor consagrada en la Directiva 93/13/CEE es un interés público que obliga a los Estados miembros a prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas (art. 7.1) y el art. 6.1 es una disposición imperativa equivalente a las normas de orden público del Derecho interno.

A estas disposiciones, el TJUE ha aplicado ciertos principios de Derecho de la Unión que fundamentan que el Juez nacional controle de oficio el carácter abusivo de cláusulas en los contratos con consumidores objeto de esta Directiva. Destacan tres principios: el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, que resulta condicionado por el principio de equivalencia y el principio de efectividad. Este condicionamiento es pacífico y reiterado tanto de forma general como en aplicación de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE[16].

a) Principio de autonomía procesal

En aplicación del principio de subsidiariedad, los Estados miembros retienen, como consta en la cita anterior, su competencia y, así, su autonomía en materia de Derecho procesal para la determinación, mediante su Derecho interno, de las disposiciones procesales que garanticen la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión establece a favor de los justiciables. En consecuencia, la autonomía procesal de los Estados miembros se mantendrá salvo en la medida que proceda aplicar el Derecho de la Unión.

Entre estos principios de Derecho interno que son objeto de protección mediante el principio de autonomía procesal, cabe incluir tanto principios específicamente procesales como la justicia rogada o la congruencia como principios más generales como la seguridad jurídica. Lógicamente, también se integra con su respectivo rango constitucional el sistema de protección de derechos fundamentales, en el que sobresale la protección

[14] Ver, entre otras, *Banco Español de Crédito*, párrafos 73 y 69; *Kásler y Káslerné Rábai*, párrafo 77; *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, párrafos 53-55.

[15] Ver, entre otras: *Kásler y Káslerné Rábai*, párrafos 81-84; *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, párrafos 56-58.

[16] Ver, entre otras: *Mostaza Claro*, párrafo 24.
Ver también: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 38; Banco *Español de Crédito*, párrafo 46; *Banif Plus Bank*, párrafo 26; *Aziz*, párrafo 50; *Ibercaja Banco*, párrafo 39; *Unicaja Banco*, párrafo 22.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa; derechos también consagrados en el Derecho de la Unión en la CDFUE y, según proceda, en otras normas específicas.

En materia de Derecho del consumo –entendido como una rama del Derecho mercantil y, en principio, formada por áreas de Derecho sustantivo–, las normas procesales relativas al control de abusividad no están armonizadas, de modo que se realiza conforme al Derecho procesal interno. Sin embargo, la relación del Derecho procesal interno con el Derecho de la Unión es real y estrecha en las materias objeto del Derecho de la Unión.

El Derecho del consumo constituye un caso paradigmático. El control de oficio de las cláusulas potencialmente abusivas por parte del Juez nacional ilustra que la estrecha interacción entre el Derecho procesal civil interno y el Derecho de la Unión –generalmente sustantivo respecto en materia de Derecho mercantil, salvo excepciones– han llevado al desarrollo de principios y normas del Derecho de la Unión cuya trascendencia sobre los principios y normas procesales internas resulta innegable por cuanto la interpretación y aplicación de los primeros causa el condicionamiento –y, en su caso, la no aplicación– de los segundos. De hecho, la aplicación de estos principios y normas ha llevado a España y otros Estados miembros a adaptar su Derecho procesal civil para cumplir con los pronunciamientos del TJUE que han estimado que ciertas normas resultaban contrarias al Derecho de la Unión[17]. Adicionalmente, el rol del TJUE como supremo intérprete del Derecho de la Unión (arts. 4.3 y 19.1 TUE, art. 267 TFUE, art. 4 bis LOPJ), ha causado la modificación de la jurisprudencia de España y otros Estados miembros.

En este contexto, los principios de equivalencia y efectividad constituyen auténticos condicionantes del principio de autonomía procesal que llevan a la consiguiente modificación del Derecho procesal civil interno; principios que se apoyan, en última instancia, en el principio de primacía del Derecho de la Unión. Si bien esta cuestión está consolidada en la jurisprudencia del TJUE, la fundamentación del control de oficio se ha ido, y se sigue, desarrollando en aplicación de los principios de equivalencia y efectividad, como se expone a continuación.

b) Principio de equivalencia

El principio de equivalencia permite la autonomía procesal de los Estados miembros siempre que los procedimientos aplicables al control de abusividad no resulten menos favorables que los que rijan situaciones similares sometidas al Derecho interno, específicamente, que no sean menos favorables que las que rigen la

[17] Ver Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, Sobre esta materia ver, entre otros: CARRASCO PERERA, A., «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; y JEREZ DELGADO, C. y VERDÚN PÉREZ, F., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 15(1), 2023, págs. 442-460.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

aplicación de oficio de normas del mismo rango de Derecho interno[18]. En este caso, esto significa ofrecer un tratamiento equivalente al que corresponde en aplicación de normas de orden público.

Dado que el Juez nacional es el competente para apreciar esta equivalencia –por cuanto es el órgano que conoce la normativa procesal interna– el TJUE ejercita su facultad de facilitarle determinados elementos relativos a la interpretación de Derecho comunitario incluso aunque el Juez nacional no formule correctamente las cuestiones u omita algún elemento[19]. Estos "elementos interpretativos" del Derecho de la Unión, resultan esenciales para la aplicación del principio de equivalencia y para la resolución del caso: el TJUE define que –dada la naturaleza e importancia de la protección del consumidor como interés público –el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE es equivalente a una norma de orden público interno.

En consecuencia, el TJUE establece que, en las mismas condiciones que el Juez nacional aprecia de oficio la quiebra de normas de orden público, deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula en contratos con consumidores amparados por la Directiva. Esto acontecerá incluso en dos casos. Uno, incluso si dispusiera de una mera facultad de apreciar de oficio la contrariedad de dicha cláusula con las normas nacionales de orden público[20]. Dos, si las normas de orden público de Derecho interno constituyen excepciones a la aplicación de los principios de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de la *reformatio in peius* del Derecho interno, también el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE constituirá una excepción.[21] Es decir, tanto en primera instancia como en sede de recursos.

Estas aclaraciones resultan esenciales en sede de equivalencia pues el art. 6.1 tiene por límite que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, incluyendo, primero, realizar el control de oficio tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho[22] y, segundo, extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula[23].

Sobre **medidas cautelares**, resulta conforme al principio de equivalencia que el Juez nacional no pueda adoptar medidas cautelares para garantizar la plena eficacia de su decisión final sobre el control de oficio de abusividad si tampoco puede adoptarlas en su control de oficio de otras normas de orden público[24].

---

18 Ver *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 49.
En general sobre el principio de equivalencia, ver también, entre otras: *Mostaza Claro*, párrafo 24; *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 38; Banco *Español de Crédito*, párrafo 46; *Banif Plus Bank*, párrafo 26; *Aziz*, párrafo 50; *Ibercaja Banco*, párrafo 39; *Unicaja Banco*, párrafo 22.

19 Ver *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 50. Ver también STJCE de 20 de marzo de 1986, asunto *Tissier*, (35/85, EU:C:1986:143), párrafo 9; STJUE de 6 de marzo de 2025, asunto *ONB y otros*, (C-575/23, EU:C:2025:141), párrafo 57; y *GR REAL*, párrafo 61.

20 Ver *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafos 51-54.

21 Ver *Unicaja Banco*, párrafos 26 y 27.

22 Ver *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafos 59. Ver también: *Pannon GSM*, párrafos 31 y 32; *Banco Español de Crédito*, párrafos 42 y 43; *Aziz*, párrafo 46; *Ibercaja Banco*, párrafo 37; *Unicaja Banco*, párrafo 25.

23 Ver *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafos 58.

24 Ver: *Banco Español de Crédito*, párrafo 48; *Aziz*, párrafo 52.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Respecto de la aplicación del principio de equivalencia a los **recursos** previstos en el Derecho interno, el TJUE aclara específicamente que el Juez nacional deberá comprobar el respeto de la equivalencia habida cuenta del objeto, la causa y los elementos esenciales de los recursos de que se trate[25].

c) Principio de efectividad

El principio de efectividad de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión. Este principio cristaliza en la aplicación del Derecho de la Unión– y la correlativa desaplicación del Derecho interno en conflicto– en caso de que el Derecho interno haga imposible o excesivamente difícil su aplicación[26].

Dada la consecuencia sobre el Derecho interno de la aplicación del principio de efectividad, procede analizar los elementos del Derecho interno, a saber, la posición de la disposición procesal nacional en el conjunto del procedimiento de su desarrollo y de sus peculiaridades en las diferentes instancias, así como los principios del sistema jurisdiccional interno[27].

En esta materia, el Derecho procesal nacional no podrá afectar a la protección del consumidor consagrada en el Derecho de la Unión salvo total pasividad del consumidor[28]. Y no existirá total pasividad si el consumidor no insta la abusividad de la cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales o la carga económica que debería asumir le disuadan de defenderlos[29].

Merece detenerse en si la especificidad de ciertos procedimientos resulta relevante. El TJUE ha establecido que las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores no pueden afectar a la protección jurídica de los consumidores[30]. Estas especificidades, lejos de "blindar" el procedimiento nacional en todo caso, pueden causar un riesgo no desdeñable[31] de que el consumidor no se oponga a la cláusula abusiva y, así, de quiebra de la efectividad de los derechos de los consumidores objeto de protección mediante la Directiva.

Existen varias causas de este riesgo que implican que no existen total pasividad. Entre estas, el TJUE ha destacado las siguientes. Una, un plazo particularmente breve. Dos, que los costes de accionar disuadan a los

---

25 Ver *Unicaja Banco*, párrafo 23.

26 Ver, entre otros: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 39 y 59; *Banco Español de Crédito*, párrafo 49; *Aziz*, párrafo 53; *Profi Credit Polska*, párrafo 76; *Ibercaja Banco*, párrafo 39; *Unicaja Banco*, párrafo 22; *GR REAL*, párrafo 56.

27 Ver, entre otros: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 39 y 59; *Banco Español de Crédito*, párrafo 49; *Aziz*, párrafo 53; *Ibercaja Banco*, párrafo 44; *Unicaja Banco*, párrafo 28.

28 Ver, entre otros: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 47; STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto *ERSTE Bank Hungary* (C-32/14, EU:C:2015:637), párrafo 32; *Ibercaja Banco*, párrafo 44; *Unicaja Banco*, párrafo 28; *GR REAL*, párrafo 58.

29 Ver STJUE de 4 de junio de 2020, asunto *Kancelaria Medius* (C-495/19, EU:C:2020:431), párrafo 31 y jurisprudencia citada.

30 Ver: *Banco Español de Crédito*, párrafo 55, que versa sobre un procedimiento monitorio; y *Aziz*, párrafo 62, que versa sobre una ejecución de una hipoteca inmobiliaria. Ver también *Pannon GSM*, párrafo 34, sobre un requerimiento de pago, que resulta similar a un procedimiento monitorio español.

31 Sobre el término "*riesgo no desdeñable*", ver *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, párrafo 26.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

consumidores. Tres, que los consumidores ignoren sus derechos o su amplitud. Cuatro, el carácter limitado de la demanda del profesional y el consiguiente carácter incompleto de la información proporcionada al consumidor en el procedimiento[32].

El principio de efectividad constituye una aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tanto específico como generalmente consagrado en el Derecho de la Unión (art. 7.1 Directiva 93/13/CEE y art. 47 CDFUE)[33]. No obstante, este principio debe aplicarse en consideración de los principios de Derecho interno; entre otros, el principio de seguridad jurídica y las garantías procesales nacionales, incluyendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa y el principio de contradicción[34].

El principio de contradicción se erige en un límite relevante del principio de efectividad, como elemento del derecho fundamental de defensa también en el Derecho de la Unión, que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio[35]. Es decir, el Juez nacional puede de oficio tanto declarar la abusividad como, incluso y previamente abrir diligencias de prueba a estos efectos[36]. Sin embargo, después de declarar la abusividad debe abrir trámite contradictorio de información y alegaciones de las partes antes de emitir resolución definitiva sobre sus consecuencias –destacando la nulidad del contrato y sus efectos restitutivos–. Si el consumidor no presenta alegaciones, se apreciará su total pasividad y no procederá que el Juez declare que esta abusividad tenga consecuencias sobre la esfera jurídica del profesional. No obstante, y como se dirá, esta inacción no siempre constituirá total pasividad[37].

Sobre **medidas cautelares**, no resulta conforme al principio de efectividad que el Juez nacional, en primer lugar, no pueda adoptar medidas cautelares para garantizar la plena eficacia de su decisión final sobre el control de oficio de abusividad. En segundo lugar, esta vulneración también resulta incluso aunque el Juez tampoco pueda adoptarlas en su control de oficio de otras normas de orden público[38]. Es decir, el hecho de que se cumpla el principio de equivalencia no evita la vulneración del principio de efectividad. Y, en tercer lugar, se vulnera la efectividad incluso si existe cierta, pero insuficiente, protección ante esta falta tanto de medida cautelar como de plena eficacia de la decisión. Eso ocurrirá si esta protección no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula ex art. 7.1 Directiva. En este contexto, la protección a

---

32 Ver, entre otros: *Banco Español de Crédito*, párrafo 54; *Aziz*, párrafo 62.

33 Ver, entre otros: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 39 y 59; *Profi Credit Polska*, párrafo 76; *Ibercaja Banco*, párrafo 45; *Unicaja Banco*, párrafo 29; *GR REAL*, párrafos 69 y 81.

34 Ver, entre otros: *Asturcom Telecomunicaciones*, párrafo 39 y 59; *Profi Credit Polska*, párrafo 76; *Ibercaja Banco*, párrafo 44; *Unicaja Banco*, párrafo 28; *GR REAL*, párrafo 57.

35 Ver, entre otros: *Banif Plus Bank*, párrafos 29-31 (citando la STJUE de 2 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda y otros* (C-89/08 y C-91/08, EU:C:2009:742, párrafos 50 y 54-56) y párrafos 33 y 36.

36 Ver, entre otros: *Banif Plus Bank*, párrafo 24.

37 Por ejemplo, si el consumidor no actuó porque la jurisprudencia interna o del TJUE no reconocían su derecho a ejercitar pretensiones. O si el Juez nacional, aunque realizara un control de oficio, no lo mencionara en su resolución ni mencionara la posibilidad del consumidor de alegar o recurrir por causa del control de abusividad.

38 Ver *Aziz*, párrafos 57-59.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

posteriori meramente indemnizatoria no resulta un medio adecuado y eficaz con carácter general[39] frente a la alternativa de la declaración y efectos de la nulidad por abusividad de la cláusula.

A lo anterior se añade en materia de **recursos** que el TJUE estima que el Juez nacional debe inaplicar los principios procesales internos, incluso en sede de recursos. Esto ocurrirá cuando el consumidor quede privado de medios procesales para hacer valer sus derechos y no fuera totalmente pasivo. También se considerará la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Estado miembro vigente al tiempo de la interposición de la demanda y la preclusión del plazo para recurrir, que puede disuadirle de pleitear. En estos casos, un consumidor no puede anticipar cambios jurisprudenciales favorables posteriores, sean: a la fecha de la demanda o de preclusión para la interposición de recursos; o posteriores a los hechos relevantes[40].

Por último, es recurrible la resolución del Juez nacional que no realiza el control de oficio y menciona siquiera sucintamente la motivación de dicho control de abusividad o, aunque lo realice y lo mencione, no le informe sobre la posibilidad de recurso y le advierta que, si no formula oposición, ya no podrá cuestionar dicha resolución una vez precluido el plazo, de modo que el consumidor no tuvo información suficiente para interponer recurso, con la consiguiente firmeza de la resolución que puso fin al procedimiento entre consumidor y profesional[41]. No obstante, este "test" excede los requisitos de motivación y congruencia de sentencias para constituir un auténtico test de cosa juzgada[42].

Por el contrario, la actuación del Juez nacional sí será conforme a Derecho de la Unión si el Juez nacional realiza y recoge en su resolución un examen motivado al menos sucintamente, la identificación de las cláusulas potencialmente abusivas, la inexistencia de abusividad y la información al consumidor sobre que si no interpone recurso de apelación ya no podrá invocar su carácter abusivo posteriormente.

En suma y considerando el alcance del principio de efectividad, no sorprende que un número relevante de las cuestiones prejudiciales respondidas por el TJUE hayan sido remitidas por Jueces en el marco de procedimientos declarativos relacionados con ejecuciones, sobre todo, hipotecarias o procedimientos monitorios. Tampoco sorprende que sean los pronunciamientos del TJUE basados en el principio de efectividad los que se encuentren detrás de las reformas procesales de estos procedimientos, como se ha avanzado.

---

[39] Ver *Aziz*, párrafo 60. *Aziz* es un caso de ejecución hipotecaria en el que el TJUE juzga que el Derecho procesal civil español resulta contrario a la Directiva. Ver también, sobre asuntos recientes relativos a procedimientos de ejecución hipotecaria, entre otros, *Ibercaja Banco*, párrafo 38.

[40] Ver *Unicaja Banco*, párrafos 38-40 (sobre la oposición del art. 6.1 Directiva 93/13/CEE "*a los principios procesales nacionales*" que se oponen al control de oficio y a la restitución íntegra).
Ver también *GR REAL*, párrafo 76. En este caso, se trata de una interpretación dada por el Tribunal Supremo eslovaco cinco años después de la subasta de ejecución extrajudicial relacionada con el contrato con cláusulas potencialmente abusivas.

[41] Ver *Ibercaja Banco*, párrafos 50-52. Ver también SSTJUE: de 29 de febrero de 2024, asunto *Investcapital* (C-724/22, EU:C:2024:182), párrafo 45; y de 7 de noviembre de 2024, asunto *ERB New EuropeFunding II*, (C-178/23, EU:C:2024:943), párrafo 39.

[42] El análisis en materia de cosa juzgada excede el alcance y la extensión del presente artículo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

III. UNA REFLEXIÓN SOBRE SUS EFECTOS EN LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA ROGADA Y CONGRUENCIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

La doctrina jurisprudencial del TJUE sobre el control de oficio de cláusulas abusivas en contratos con consumidores se dicta en interpretación de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE. Esta interpretación constituye un condicionamiento de la autonomía procesal de los Estados miembros en aplicación de los principios de equivalencia y efectividad. El art. 6.1 Directiva 93/13/CEE tiene rango de norma de orden público y el art. 7.1 tiene rango de *lex specialis* en materia de tutela judicial efectiva del consumidor, que refuerza este derecho fundamental previsto con carácter general en el art. 47 CDFUE.

En síntesis, esta doctrina no sólo permite al Juez actuar de oficio: en ausencia de instancia de parte, esta interpretación se opone a que el Juez nacional no realice el control de oficio, no dicte medidas cautelares y no dicte pronunciamientos que afecten a la esfera jurídica de las partes del procedimiento que resulten contrarias a la aplicación de los principios de Derecho interno que componen la autonomía procesal. Todo ello, salvo total pasividad del consumidor y con respeto al principio de contradicción.

La aplicación de esta doctrina puede tener un efecto sustancial en la autonomía procesal de los Estados miembros y, así, sobre sus principios de Derecho interno. Entre estos principios destacan, por una parte, los principios de justicia rogada y congruencia.

El principio de justicia rogada es un principio general del Derecho procesal español, de la UE y comparado que, en materia procesal civil, queda tipificado en el art. 216 LEC.

El principio de congruencia es un principio general de Derecho procesal español, de la UE y comparado que en materia procesal civil queda tipificado en el art. 218.1 LEC con carácter general y específicamente respecto del recurso de apelación –y los principios *tantum devolutum quantum apellatum* y de prohibición de la *reformatio in peius*– en el artículo 464.5 LEC.

En consecuencia, interesa estudiar el condicionamiento y, en su caso, inaplicación de los principios de justicia rogada y congruencia que se deriva de la interpretación de esta Directiva.

El principio de justicia rogada queda modulado tanto por el control de oficio de cláusulas abusivas como por la correlativa actuación de oficio para dictar medidas cautelares y, según proceda, declarar la nulidad y sus consecuencias, como la restitución. El principio de congruencia también queda correlativamente modulado por cuanto el Juez nacional conforme a dichas actuaciones de oficio, puede llegar a apartarse de la causa de pedir si el control de oficio resulta totalmente ajeno a los hechos y fundamentos de Derecho trasladados por las partes. Esto sucederá en todo caso si el consumidor no recurre.

El TJUE establece dos límites que permiten establecer la limitación máxima a la aplicación de los principios de justicia rogada y congruencia.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Primero, la total pasividad del consumidor, que permite ligar esta limitación del control de oficio precisamente a que no se puede actuar fuera de tamaña quiebra de la justicia rogada –por total inacción– y de la congruencia –por total ausencia de fundamento en la causa petendi–.

Segundo, la protección de los derechos fundamentales del profesional, incluyendo la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, especialmente el principio de contradicción. El TJUE aclara que, una vez realizado el control de abusividad de oficio, también de oficio deberá dar traslado para informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria conforme al Derecho procesal nacional y resolver sobre esta cuestión.

En consecuencia, el efecto del control de oficio parece resultar más intenso sobre el principio de justicia rogada que sobre el principio de congruencia en tanto que se da traslado a las partes después de que el Juez nacional actúe de oficio y declare la abusividad de la cláusula, pero antes de pronunciarse sobre las consecuencias de la declaración de abusividad, esto es, sobre la nulidad y sus consecuencias sobre la esfera jurídica de las partes del procedimiento. La contradicción también ayuda a corregir la falta de actuación de parte que basa la justicia rogada pero su efecto es más intenso sobre la congruencia de las resoluciones, por cuando se abre el trámite antes de finalizar el procedimiento mediante resolución definitiva.

Mas esta impresión se desvanece en cierta medida al estudiar los asuntos en los que el TJUE se pronuncia sobre los recursos, en los que el principio de efectividad es susceptible de requerir la actuación de oficio del Juez nacional tanto para realizar el control de abusividad como –de apreciarse la existencia de una cláusula abusiva– para declarar la nulidad y la restitución íntegra incluso aunque resulte contrario al *tantum devolutum quantum apellatum* y la prohibición de la *reformatio in peius;* ambas, piedras angulares del sistema de recursos y, también, ajenas a la actuación de oficio del Tribunal.

En Aziz[43], el TJUE consolidó su doctrina sobre el control de oficio y estimó que el Derecho español era contrario al Derecho de la Unión por dos razones. Una, por impedir el control de oficio. Y dos, por impedir al juez adoptar medidas cautelares cuando resultaren necesarias para garantizar la eficacia de este control de oficio.

En Ibercaja Banco, el TJUE incide sobre la motivación y, así, sobre la congruencia de las resoluciones en las que el Juez nacional no mencione siquiera sucintamente la motivación de dicho control de abusividad, no informe de la posibilidad de recurso o no advierta al consumidor que, si no se opone, no podrá cuestionar la abusividad una vez precluido el plazo de recurso[44].

[43] Dictada en respuesta a una cuestión prejudicial sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE y a un procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta sentencia también resulta del mayor interés por otros pronunciamientos que, sin embargo, quedan fuera del alcance del presente artículo.

[44] Ver *Ibercaja Banco*, párrafos 50-52. No obstante, como se ha anticipado, este pronunciamiento resulta de la mayor relevancia por su incidencia en otros principios, como el de cosa juzgada y preclusión, que exceden del alcance del presente artículo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En Unicaja Banco, los principios de justica rogada, congruencia general y en apelación (*tantum devolutum quantum apellatum*) y la prohibición de la *reformatio in peius* han sido objeto de reciente y expreso pronunciamiento por la Gran Sala, previa cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. Sus pronunciamientos han sido los siguientes.

En primer lugar, el TJUE confirmó su jurisprudencia previa sobre que el Tribunal de apelación debía realizar un control de oficio.

En segundo lugar, afirmó que en caso de que la cláusula en cuestión resultara abusiva, la consecuencia debería ser la restitución íntegra a pesar de que el consumidor no presentó un recurso de apelación ni de otra manera impugnó la sentencia de primera instancia solicitando dicha restitución íntegra; todo ello, siempre que no existiera total pasividad del consumidor.[45]

En tercer lugar, estableció que no existe total pasividad si la jurisprudencia del Tribunal Supremo vigente al tiempo de apelar o impugnar era contraria a dicha restitución íntegra; cuestión que debe enjuiciar el Juez nacional[46].

En cuarto lugar, el TJUE interpreta que estos principios quedan modulados por varias razones. Una, por causa del control de oficio de abusividad. Dos, por su pronunciamiento declarativo sobre la abusividad y sus consecuencias en la esfera jurídica de las partes. Y tres –y específicamente respeto del caso planteado–, porque en este caso procede acordar una restitución íntegra de cantidades no interesada por el consumidor ni en primera instancia ni en apelación en grado tal que desplaza el *tantum apellatum quantum devolutum* y resulta más perjudicial para el profesional que la propia sentencia de instancia no recurrida por el consumidor, de forma contraria a la prohibición de la *reformatio in peius*.

IV. CONCLUSIONES

1º. El TJUE ha establecido que los principios que conforman la autonomía procesal de los Estados miembros quedan condicionados en los procedimientos civiles con consumidores.

2º. Este condicionamiento afecta, entre otros, al principio de justicia rogada y al principio de congruencia. El condicionamiento de la congruencia también afecta a los principios *tantum devolutum quantum apellatum* de prohibición de la *reformatio in peius*.

3º. El fundamento de este condicionamiento de la autonomía procesal y, así, de la justicia rogada y la congruencia, tiene por objeto permitir que el Juez nacional realice el control de oficio de cláusulas abusivas y, en su caso, declare la nulidad de la cláusula abusiva y se pronuncie sobre las consecuencias de la nulidad en la esfera jurídica de las partes.

[45] Ver *Unicaja Banco*, párrafos 25, 34 y 40.
[46] Ver *Unicaja Banco*, párrafo 38.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

4º. Este condicionamiento de la justicia rogada y la congruencia es consecuencia de la aplicación de los principios de equivalencia y de efectividad de los derechos concedidos a los consumidores por el Derecho de la Unión. En este sentido, el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE tiene rango de norma de orden público y el art. 7.1 tiene rango de *lex specialis* en materia de tutela judicial efectiva del consumidor frente al art. 47 CDFUE.

5º. Existen dos límites al control de oficio. El primero es la pasividad total del consumidor, que determinará la inexistencia de control de oficio. El segundo es el principio de contradicción, que "restablece" estos principios de dos formas. Si el consumidor actúa, el Juez nacional podrá resolver conforme a la justicia rogada y con plena congruencia. Si el consumidor actúa, existirá total pasividad y no quedará desplazada ni la congruencia ni el *tantum devolutum quantum apellatum* ni la prohibición de la *reformatio in peius*.

V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Bibliografía

ARNALDOS ORTS, E. y TORRES MÉNDEZ, P., «Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mayo-agosto 2025», Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 82, 2025.

CANEDO ARRILLAGA, J.R., «Problemas de efectividad del derecho de la UE. El área de las cláusulas abusivas como banco de pruebas», Estudios de Deusto, núm. 62(2), 2014.

CARBALLO FIDALGO, M., «La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas», Cuadernos de Derecho Transnacional, núm. 14(1), 2022.

CARRASCO PERERA, A., «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 6, 2013.

COSTA, M. y PEERS, S., Steiner & Woods EU Law, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 14.ª edición, 2020.

CRAIG, P. y DE BÚRCA, G., EU Law – Text, Cases, and Materials – UK Version, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 7.ª edición, 2020.

JEREZ DELGADO, C. y VERDÚN PÉREZ, F., «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», Cuadernos de Derecho Transnacional, núm. 15(1), 2023.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 67, 2022.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

TAPIA HERMIDA, A.J., «La efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios. Sentencias de la Gran Sala del TJUE de 17 de mayo de 2022 en los asuntos C-600/19 Ibercaja banco, C-869/19 Unicaja banco y otros asuntos acumulados», Diario La Ley, núm. 10098, 2022.

Jurisprudencia

STJCE de 20 de marzo de 1986, asunto Tissier (35/85, EU:C:1986:143).

STJUE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346).

STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675).

STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350)

STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615)

STJUE de 2 de diciembre de 2009, asunto Comisión/Irlanda y otros (C-89/08 y C-91/08, EU:C:2009:742).

STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349).

STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz / Catalunyacaixa (C-415/11, EU:C:2013:164)

STJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282)

STJUE de 1 de octubre de 2015, asunto ERSTE Bank Hungary (C-32/14, EU:C:2015:637).

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980).

STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto Banco Santander (C-598/15, EU:C:2017:945).

STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250).

STJUE de 4 de junio de 2020, asunto Kancelaria Medius (C-495/19, EU:C:2020:431).

STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Ibercaja Banco (C-600/19, EU:C:2022:394).

STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto Unicaja Banco (C-869-19, EU:C:2022:397).

STJUE de 29 de febrero de 2024, asunto Investcapital (C-724/22, EU:C:2024:182).

STJUE de 9 de abril de 2024, asunto Profi Credit Polska, (C-582/21, EU:C:2024:282).

STJUE de 7 de noviembre de 2024, ERB New EuropeFunding II, (C-178/23, EU:C:2024:943)

STJUE de 6 de marzo de 2025, asunto ONB y otros (C-575/23, EU:C:2025:141).

STJUE de 24 de junio de 2025, asunto GR REAL (C-351/23, EU:C:2025:474).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO Y EFECTO DE LA ENERVACIÓN. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA STS Nº 1655/2025, DE 18 DE NOVIEMBRE

Adriana Mateos Ruiz

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

SUMARIO: *I. Introducción. II. Evolución normativa de la regulación de los arrendamientos urbanos. III. Marco jurídico actual de la Ley de Arrendamientos Urbanos. IV. Análisis sistemático de la STS nº 1655/2025, de 18 de noviembre. V. Doctrina jurisprudencial comparada. VI. Evaluación crítica y propuestas de reforma. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) constituye el eje normativo fundamental que rige los contratos de arrendamiento de fincas urbanas en el ordenamiento español. Su evolución legislativa refleja la permanente tensión entre la protección del derecho a la vivienda, la seguridad jurídica de los arrendadores y la necesaria estabilidad del mercado del alquiler. Desde su primera gran unificación normativa en 1964 hasta la última reforma en el año 2013, la LAU ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas impulsadas por los cambios sociales, económicos y las necesidades de protección de ciertos colectivos. Su importancia radica no solo en su extensión cuantitativa sino en la multiplicidad de intereses jurídicos que regula, entre ellos la protección de la vivienda habitual, la seguridad económica de los arrendadores y la estabilidad del mercado de alquiler urbano.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1655/2025, de 18 de noviembre, ofrece una interpretación doctrinal relevante de múltiples aspectos de la relación arrendaticia materializando así criterios jurídicos que deben ser examinados con detalle para comprender la dinámica actual de aplicación de la LAU.

Ello también debe ponerse en relación con nuestro Código Civil (en adelante, CC) y el artículo 1124 como facultad de resolver las obligaciones. Siendo que es importante destacar que:

- El artículo 1124 del Código Civil no se consagra como un automatismo, sino que es un remedio excepcional.
- La práctica forense ha tendido a convertir cualquier incumplimiento en causa resolutoria.
- La jurisprudencia reciente está corrigiendo esa deriva.

En consecuencia, la resolución contractual no debería operar como una sanción automática, sino como un remedio proporcional frente a un incumplimiento cualificado que frustre la finalidad económica del contrato.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El análisis de la jurisprudencia reciente pone de manifiesto una progresiva superación de interpretaciones formalistas del régimen arrendaticio, en favor de una aplicación materialmente equilibrada del contrato. En este proceso, adquieren especial relevancia conceptos jurídicos indeterminados como el **incumplimiento esencial** y mecanismos como la enervación del desahucio, que dejan de operar de forma automática para convertirse en instrumentos de ponderación judicial. Esta evolución interpretativa, ejemplificada de manera paradigmática en la STS nº 1655/2025, constituye el eje central del presente estudio.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS

1. Antecedentes históricos

La regulación de los arrendamientos urbanos en España ha estado tradicionalmente marcada por un fuerte intervencionismo legislativo, especialmente en contextos de escasez de vivienda. Las primeras normas del siglo XX instauraron mecanismos de control de rentas y prórrogas forzosas, siendo que así se dotaba de una protección del arrendatario introduciendo limitaciones a la libertad contractual en materia de renta y duración.

Este enfoque se consolidó con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que estableció un sistema fuertemente protector del arrendatario, caracterizado por la prórroga forzosa indefinida y la congelación de rentas, generando a largo plazo importantes disfunciones en el mercado del alquiler.

2. La Ley 29/1994 de 24 de noviembre: cambio de paradigma

La promulgación de la Ley 29/1994 supuso un punto de inflexión al introducir un modelo más equilibrado, basado en la autonomía de la voluntad de las partes (art. 4 LAU) y en la diferenciación clara entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Por lo que respecta a las novedades significativas, podemos destacar la duración. En este sentido, se estableció un plazo mínimo de duración de cinco años, por entender que un plazo de estas características permite una cierta estabilidad para las unidades familiares, y a su vez, no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para los propietarios.

Se introdujo también un mecanismo de prórroga tácita para una vez transcurrido el plazo de garantía de cinco años, se pudiera prorrogar en periodos anuales hasta alcanzar los tres años.

3. Reformas posteriores más significativas

- **Ley 4/2013, de 4 de junio**, modificó aspectos esenciales del régimen de duración y prórroga, reduciendo la duración mínima obligatoria y reforzando la posición el arrendador. El objeto de esta reforma fue la de flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización de este buscando tanto el

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores. Así pues, algunos puntos más destacables de la reforma son:

- Se reduce de la duración mínima del arrendamiento, que pasa de cinco a tres años, y en cuanto a la prórroga tácita que pasa de tres a un año.
- Recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente en determinados supuestos previstos en la ley.
- El arrendatario puede desistir del contrato en cualquier momento una vez hayan transcurrido al menos seis meses y lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días.

- **Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo**, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, introduce algunas modificaciones en materia de arrendamientos, tales como:
- La vigencia de los contratos de alquiler se amplió a cinco años para las personas físicas y siete años para las personas jurídicas.
- Prórrogas automáticas en plazos anuales hasta alcanzar un máximo de tres años adicionales.
- En caso de no querer renovar el contrato por parte del arrendador, tiene que avisar al inquilino con al menos cuatro meses de antelación; mientras que el inquilino tiene que avisar con un mes de antelación.

- **Ley 12/2023, de 24 de mayo**, por el derecho a la vivienda, que entró en vigor el 26 de mayo de 2023. Esta modificación introdujo cambios significativos:
- La posibilidad de prórroga extraordinaria del contrato en casos de vulnerabilidad social y económica.
- Limitaciones en la actualización de la renta en zonas tensionadas.
- Y la obligación del arrendador de asumir los gastos de gestión inmobiliaria y formalización del contrato de arrendamiento de vivienda.

III. MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

1. Principios rectores

El marco vigente de la LAU se articula sobre varios principios fundamentales:

- Autonomía de la voluntad, especialmente intensa en los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.
- Protección del arrendatario de vivienda habitual, mediante límites a la duración mínima y a las causas de resolución.
- Equilibrio contractual, inspirado en la buena fe objetiva (art. 7 CC).

2. Derechos y obligaciones de las partes

El arrendador está obligado a:

- Entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad,
- Realizar las reparaciones necesarias,
- Garantizar el goce pacífico del arrendamiento.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por su parte, el arrendatario debe:

- Pagar la renta en los términos pactados,
- Usar la vivienda conforme a su destino,
- Asumir los gastos que contractualmente le correspondan.

El principio de buena fe objetiva, consagrado en el art. 7 CC, desempeña una función estructural en la interpretación y aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No se trata únicamente de un criterio ético de conducta, sino de un auténtico parámetro jurídico de control del ejercicio de los derechos contractuales.

En particular, la buena fe opera como límite al ejercicio automático de la facultad resolutoria, imponiendo una interpretación que favorezca la conservación del contrato cuando el incumplimiento no frustra de forma relevante la finalidad económica del arrendamiento. Este enfoque resulta especialmente necesario en contratos de larga duración y en aquellos celebrados bajo condiciones generales, donde el desequilibrio estructural entre las partes es más acusado.

Es precisamente en este último aspecto -la repercusión de gastos originados con ocasión del contrato de arrendamiento y su exigibilidad- donde la jurisprudencia reciente ha tenido que intervenir para aclarar los límites de la autonomía contractual, cuestión que será objeto de análisis específico en la STS nº 1655/2025.

IV. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA STS Nº 1655/2025, DE 18 DE NOVIEMBRE

La STS nº 1655/2025 presenta un especial interés no solo por la solución adoptada en el caso concreto, sino por la metodología interpretativa empleada por el Tribunal Supremo, que revela una clara voluntad de superar aproximaciones formalistas en favor de una interpretación materialmente equilibradora del contrato de arrendamiento.

Lejos de limitarse a una aplicación aislada de los preceptos de la LAU, la sentencia articula un razonamiento integrador que conecta la normativa arrendaticia con los principios generales del Derecho civil y con la normativa de protección de consumidores, configurando un modelo interpretativo de notable trascendencia práctica.

Ahora sí, centrándonos en la sentencia objeto de estudio, nos encontramos en que la parte actora ejercitó una acción de desahucio por impago de la renta y cantidades debidas, siendo que la acción recae sobre un contrato de arrendamiento con opción de compra respecto de una vivienda protegida -cuyo contrato fue visado por la Consejería de Fomento y Vivienda-.

En el propio contrato se fijaron las estipulaciones que vinculaban a las partes, en concreto, se fijó una renta mensual que debía abonar la parte arrendataria, así como una serie de gastos relativos a la vivienda, anejos y zonas comunes que también debían ser a cargo de la arrendataria. Siendo que la arrendataria dejó de abonar

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

las rentas correspondientes a los meses de marzo y septiembre de 2021 junto con los recibos de la comunidad, se interpuso demanda en reclamación de la cantidad de 675,01 euros. Sin embargo, la arrendataria hizo uso de su facultad enervando la acción, aunque en parte, motivo por el cual la parte actora sostuvo que no quedó enervada la acción de desahucio solicitando la resolución contractual.

Para dar un poco más de contexto, el impago correspondía a una parte de las cuotas de los gastos de comunidad. La suma abonada, fuera del plazo de enervación de la acción, fue tan solo de 69,04 euros, satisfechos a la data de la celebración de la vista. No obstante, existían dudas sobre el importe de las cuotas de los gastos comunitarios como destacó el juzgado y no contradijo la audiencia. En la certificación aportada por la actora consta que la arrendataria abonaba por tal concepto la suma de 31,87 euros, de forma periódica, de manera tal que la cantidad en que se funda la resolución contractual consiste en la diferencia de 17,26 euros de las mensualidades de febrero a mayo, que ascienden a los mentados 69,04 euros (17,26 x 4), ya satisfechos.

Así pues, los motivos que dieron lugar a la interposición del recurso de casación son, en síntesis, los siguientes:

1) Infracción de art. 20.1 LAU en relación con el art. 6 del mismo texto legal, que imponen la nulidad de pleno derecho de la cláusula del contrato de arrendamiento por la que se repercute al arrendatario los gastos generales de comunidad y de servicios no susceptibles de individualización.
2) Infracción del art. 27 LAU en relación con el art. 1124 del CC, en tanto que se alega la inexistencia de incumplimiento lo suficientemente grave y esencial para que opere la resolución del contrato[1].
3) Infracción del art. 82 del Real Decreto Legislativo 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 de los artículos 3.1, 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. La parte demandada, en su defensa, además de hacer alusión a que había enervado la acción, aportando los justificantes de pago, apelaba a la existencia de determinadas cláusulas abusivas insertas en el contrato, siendo que aquí debemos tener en cuenta el control de oficio que también asiste al Tribunal para el efectivo análisis[2].

Nuestro Alto Tribunal, determinó en la sentencia objeto de análisis que **no concurre causa suficiente para dar resuelto el contrato**, toda vez que considera que **el impago no fue suficientemente grave y esencial**.

[1] Es jurisprudencia de esta sala expuesta, por ejemplo, en la sentencia 729/2010, de 10 de noviembre, con cita de las sentencias 1219/2008, de 19 de febrero y 193/2009, de 26 de marzo, la que viene proclamando que el impago de la renta del arrendamiento de una vivienda fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad, sin que el arrendador venga obligado a que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

[2] El control del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato puede realizarse de oficio, pero siempre que tales cláusulas tengan relación con el objeto del procedimiento. La STS 52/2020, de 23 de enero, señaló que el control de oficio cuando la validez y eficacia de la cláusula en cuestión sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes. A su vez, la STJUE de 17 de diciembre de 2009, asunto C-227/2008, estableció que el control de oficio no obliga salirse de los límites del litigio tal y como ha sido configurado por las partes.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Ello obliga a plantear, desde una perspectiva estrictamente jurídica, las siguientes cuestiones:

- ¿Se ha producido un incumplimiento lo suficientemente grave y esencial para que opere la resolución del contrato de arrendamiento?
- ¿A partir de qué importe se considera un incumplimiento grave y esencial?
- ¿Ello supone una desprotección para el arrendador?

Tales cuestiones, a mi juicio, no pueden ser resueltas de forma genérica, sino que debe analizarse de forma individualizada cada caso para determinar: i) la cuantía que se adeuda con ocasión del impago de la renta u otros gastos asociados; ii) los motivos que originan este incumplimiento; iii) si ha habido enervación, aunque sea en un momento posterior a la interposición de la demanda judicial.

1. La naturaleza del contrato y la aplicabilidad del control de abusividad

Uno de los primeros aspectos que merecen destacarse es la afirmación implícita, pero inequívoca, de que la existencia de un contrato de arrendamiento con opción de compra no excluye, por sí sola, la aplicación del control de abusividad cuando concurren los presupuestos del contrato de adhesión.

El Tribunal Supremo asume una concepción funcional del contrato, atendiendo no tanto a su denominación formal como a la realidad económica y jurídica subyacente. Esta aproximación resulta especialmente relevante en un contexto en el que proliferan contratos híbridos predispuestos por el arrendador, en los que el margen de negociación del arrendatario es meramente residual.

La cuestión, por tanto, no es si el juez puede o no declarar de oficio la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, o si lo puede hacer también en un juicio declarativo ordinario, sino cuál debe ser la naturaleza y alcance de tal actuación. La apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial pero solo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes[3].

[3] El TJUE, en el fallo de su sentencia de 20 de septiembre de 2018, caso OTP Bank, asunto C-51/17, declaró que "corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello", fue en respuesta a una cuestión prejudicial en la que, según se precisa en el apartado 33 de la sentencia, "[...] por lo que respecta a la apreciación de oficio de cláusulas abusivas por el juez nacional, [...] el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si está facultado, incluso obligado, a apreciar el posible carácter abusivo de cláusulas que no hayan sido invocadas por el consumidor en apoyo de su pretensión, en su condición de parte demandante" (énfasis de cursiva añadido). Por tanto, el TJUE da por hecho que el control de oficio debe ejercitarse en conexión con la pretensión del consumidor, y no en abstracto o con independencia de tal pretensión.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Desde esta perspectiva, la sentencia refuerza la idea de que la autonomía de la voluntad proclamada por el art. 4 LAU no puede operar como un espacio exento de control cuando se constata una situación estructural de desequilibrio contractual.

2. La cláusula de repercusión de gastos y el art. 20 LAU

El núcleo del conflicto se sitúa en la cláusula de repercusión de gastos de comunidad. El Tribunal Supremo no se limita a constatar su falta de claridad, sino que lleva a cabo una valoración sustantiva de sus efectos económicos.

A mi juicio, la aportación más relevante de la sentencia reside en afirmar que la repercusión de gastos no puede desnaturalizar el concepto de renta ni convertirse en un mecanismo indirecto de incremento del precio del arrendamiento al margen de los límites legales. De este modo, el art. 20 LAU es interpretado no como una mera norma habilitante, sino como una disposición que exige un estándar cualificado de transparencia y proporcionalidad.

Este enfoque resulta particularmente acertado, pues tal y como también se ha puesto de manifiesto en otras sentencias - SSTS 707 y 710/2025, ambas de 9 de mayo - las normas autonómicas permiten que la arrendadora pueda percibir, además de la renta inicial o revisada que corresponda, el coste real de los servicios de que disfrute el inquilino y se satisfagan por el arrendador. Y, además de la renta correspondiente, el arrendador podrá repercutir al inquilino los gastos que permita la legislación aplicable.

3. Incumplimiento contractual: exigencia de esencialidad y juicio de proporcionalidad

Otro de los elementos centrales de la sentencia es la exigencia de que el incumplimiento alegado tenga carácter esencial para justificar la resolución contractual. El Tribunal Supremo rechaza una interpretación automática del art. 27 LAU basada en la mera existencia de una deuda, exigiendo una **valoración cualitativa de su gravedad**.

Este planteamiento conecta directamente con la doctrina consolidada del art. 1124 CC y con el principio de conservación del contrato, que debe inspirar la interpretación de los remedios resolutorios. En el caso analizado, la deuda reclamada tenía su origen en conceptos cuya validez era, cuando menos, discutible, lo que excluía su consideración como incumplimiento grave.

La STS nº 1655/2025 realiza una aportación decisiva al clarificar que el art. 27 LAU no puede ser interpretado en términos de automatismo resolutorio. La mera existencia de una deuda no basta para justificar la resolución del contrato, siendo necesario un juicio cualificado sobre la gravedad del incumplimiento.

Este juicio debe atender no solo a la cuantía de las cantidades impagadas, sino también a su origen, reiteración, posibilidad de subsanación y, especialmente, a su incidencia real en la frustración del interés contractual del

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

arrendador. Cuando el impago trae causa de conceptos cuya validez es jurídicamente controvertida, difícilmente puede calificarse como incumplimiento esencial.

Luego no debemos olvidar que la sentencia adquiere una especial relevancia al contextualizar el incumplimiento en el marco de un contrato de adhesión. En este tipo de contratos, la facultad resolutoria puede convertirse en un instrumento de presión si no se somete a un control material de proporcionalidad.

El Tribunal Supremo asume implícitamente que el juicio de esencialidad del incumplimiento no puede abstraerse de la posición estructuralmente débil del arrendatario, ni del carácter predispuesto de las cláusulas contractuales. De este modo, la acción resolutoria queda sometida a un control que trasciende la mera literalidad contractual.

En definitiva, la gravedad del incumplimiento no puede apreciarse de forma abstracta ni desvinculada de las circunstancias concurrentes en cada caso. La resolución contractual exige una ponderación real y efectiva del interés lesionado, pues de lo contrario se corre el riesgo de transformar un remedio excepcional en un instrumento automático carente de proporcionalidad.

4. La enervación del desahucio como mecanismo de tutela material

Especial atención merece la concepción de la enervación que subyace en la sentencia, pues constituye uno de los elementos clave para determinar si realmente se puede dar por resuelto el contrato con motivo de ese incumplimiento. Aunque formalmente se trata de una institución procesal, el Tribunal Supremo le atribuye una clara función material de tutela del arrendatario.

La enervación opera aquí como un mecanismo de corrección de desequilibrios contractuales, permitiendo neutralizar la acción resolutoria del contrato.

V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPARADA

La STS nº 1655/2025 se inserta en una línea jurisprudencial progresivamente orientada a reforzar el equilibrio contractual en el ámbito arrendaticio.

En resoluciones anteriores, el Tribunal Supremo había mostrado una cierta reticencia a aplicar de forma plena la normativa de consumidores a los contratos de arrendamiento de vivienda. Sin embargo, en los últimos años se aprecia una evolución clara hacia una interpretación más integradora, especialmente cuando concurren condiciones generales de la contratación.

Asimismo, la exigencia de incumplimiento esencial como presupuesto de la resolución contractual ha ido ganando peso, desplazando concepciones más rígidas que equiparaban cualquier impago a un incumplimiento resolutorio automático. La sentencia analizada consolida esta tendencia y la proyecta específicamente sobre el ámbito del art. 27 LAU.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Desde esta perspectiva, la STS nº 1655/2025 puede interpretarse como un punto de inflexión que contribuye a dotar de coherencia sistemática a la jurisprudencia arrendaticia, alineándola con los principios generales del Derecho contractual, asumiendo así una función armonizadora, orientada a garantizar soluciones coherentes con el sistema y materialmente justas.

VI. EVALUACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS DE REFORMA

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo, aun siendo jurídicamente sólida, pone de relieve las carencias estructurales del marco normativo vigente. La LAU continúa ofreciendo una regulación fragmentaria de aspectos esenciales, especialmente en lo relativo al control de cláusulas predispuestas.

En mi opinión, la ausencia de una referencia expresa al control de abusividad en la LAU genera un espacio de incertidumbre que incrementa la litigiosidad y obliga a los tribunales a realizar un esfuerzo interpretativo que debería corresponder al legislador. En este punto, sería deseable una reforma que incorporara de forma explícita criterios de transparencia, proporcionalidad y equilibrio económico en los contratos de arrendamiento de vivienda, así como una delimitación más precisa del concepto de incumplimiento esencial a efectos resolutorios.

Asimismo, debería reflexionarse sobre la función de la enervación del desahucio, reconociendo normativamente su dimensión material y evitando interpretaciones que la reduzcan a un mero trámite procesal desprovisto de eficacia real.

VII. CONCLUSIONES

La STS nº 1655/2025 constituye una aportación jurisprudencial de primer orden al régimen jurídico de los arrendamientos urbanos. Su principal valor reside en ofrecer una interpretación sistemática que refuerza el equilibrio contractual, limita los excesos de la autonomía de la voluntad y reivindica una aplicación materialmente justa de la enervación del desahucio. Como hemos visto, la jurisprudencia de la sala no ha cerrado el paso a que, a los efectos de determinar el incumplimiento de la obligación de pago, no deban ser contempladas las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto litigioso. Y, desde esta perspectiva, las causas que se dan en el presente litigio de naturaleza excepcional determinan que no pueda apreciarse concurrente un incumplimiento resolutorio del contrato de arrendamiento[4].

Por otra parte, no debemos olvidar que el contrato de arrendamiento urbano es un contrato oneroso y conmutativo, siendo evidente que la primera obligación del arrendador es la de pagar la renta; por otra parte,

[4] STS nº 1655/2025 dispone que: "No cabe aplicar la doctrina de la sentencia 137/2014, pues si bien, en ambos casos, constaba la falta de pago de una mensualidad de renta, no concurrían las circunstancias antes descritas que convierten el presente caso en singular".

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

salvo cuando las partes hayan acordado que su abono se efectúe en un solo momento, este contracto debe ser de tracto sucesivo y el impago de una sola mensualidad podría motivar la resolución contractual.

Asimismo, la línea jurisprudencial analiza caso a caso, pues distingue cuando es un incumplimiento reiterado respecto de cuando es un retraso puntual, o bien, cuando por un error de la entidad bancaria no se ha podido cobrar el recibo en su integridad. Ello nos conduce de nuevo a que para que se pueda acordar la resolución contractual por incumplimiento, este debe ser suficientemente grave y reiterado.

Como puntos esenciales podemos señalar los siguientes:

1. La resolución contractual en el ámbito arrendaticio no puede operar como un automatismo, sino como un remedio excepcional frente a incumplimientos cualificados.
2. El concepto de incumplimiento esencial exige una valoración casuística y ponderada, conectada con la finalidad económica del contrato.
3. La enervación del desahucio cumple una función de tutela material que trasciende su dimensión estrictamente procesal.

Lo que es claro es que la reciente sentencia versa sobre un procedimiento entre una entidad mercantil versus una persona física y consumidora, lo cual sitúa claramente a la parte arrendataria como la parte más débil de la relación jurídica. Ahora bien, ¿qué sucedería en caso de tratarse de dos personas físicas, en que las rentas que perciba la parte arrendadora sean parte de su sustento económico básico? ¿Debe ésta asumir el retraso en el pago sin poder obtener la resolución contractual por incumplimiento? Así las cosas, debemos entender que habrá que examinar caso a caso para ponderar los intereses en juego.

Desde mi punto de vista, la sentencia evidencia la necesidad de una actualización normativa que dote de mayor coherencia y seguridad jurídica al sistema arrendaticio. Mientras dicha reforma no se produzca, la jurisprudencia seguirá desempeñando un papel corrector esencial, con el consiguiente riesgo de disparidad de criterios.

En todo caso, la doctrina analizada marca una dirección clara: el contrato de arrendamiento de vivienda no puede ser interpretado al margen de los principios de buena fe, equilibrio contractual y protección efectiva de la parte estructuralmente más débil.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Real Decreto Legislativo 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.

STS 1655/2025. Sala de lo Civil, Rec. 7915/2024 de 18 de noviembre del 2025 (ROJ. STS 5250:2025 - ES:TS:2025:5250).

STS 729/2010. Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 2161/2006 de 10 de noviembre de 2010. (ROJ: STS 6261/2010 - ES:TS:2010:6261).

STS 52/2020. Sala de lo Civil, Rec. 1957/2017, de 23 de enero. (ROJ: STS 107/2020 - ECLI:ES:TS:2020:107).

Sentencia del TJUE, de 17 de diciembre de 2009, asunto C-227/2008.

Sentencia del TJUE, de 20 de septiembre de 2018, caso OTP Bank, asunto C-51/17.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

EL REINTEGRO ENTRE PROGENITORES DE LOS IMPORTES DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA, REFERIDA A HIJOS MAYORES DE EDAD O EMANCIPADOS, AL CESAR LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 93.2 CC QUE DETERMINARON SU FIJACIÓN

Arturo Jesús Monsalve Díaz

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas

SUMARIO: *I. Cuestión jurídica analizada. II. Marco normativo. III. Doctrina jurisprudencial recaída sobre la cuestión en el ámbito de los procedimientos de familia. Análisis de la sentencia TS nº 147/2019 de 12 de marzo. IV. Análisis de la cuestión en el ámbito de un procedimiento declarativo en ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo nº 232/2024, de 21 de febrero. Cuestiones procesales. V. Conclusiones. VI. Reseña de la jurisprudencia del TS citada en este trabajo*

I. CUESTIÓN JURÍDICA ANALIZADA

Este trabajo aborda aquellos supuestos en que por sentencia recaída en un procedimiento de familia un progenitor debe satisfacer al otro una pensión alimenticia para la manutención de un hijo mayor de edad o emancipado por concurrir las circunstancias previstas por el artículo 93.2 CC (convivencia con el progenitor y carecer de ingresos propios). El problema jurídico surge cuando el hijo mayor de edad o emancipado cesa en su convivencia en el domicilio familiar y se independiza económicamente, desapareciendo así las circunstancias previstas en el artículo 93.2 del Código Civil que determinaron en su momento la fijación de esa pensión alimenticia. Ocurre a menudo en estos casos que el progenitor perceptor de la pensión sigue percibiéndola mientras no recaiga una nueva sentencia firme que extinga dicha obligación en un posterior procedimiento judicial, generalmente de modificación de medidas. Se plantea así el dilema jurídico de si el alimentante tiene derecho a solicitar judicialmente el reintegro de los importes de las pensiones alimenticias abonadas al otro progenitor desde el momento en que éste dejó de estar legitimado para percibirlos al dejar de concurrir las circunstancias previstas por el artículo 93.2 del Código Civil, o si, por el contrario, la sentencia extintiva de dicha pensión alimenticia sólo tiene efectos a partir de su dictado.

II. MARCO NORMATIVO

Por una parte, tenemos los artículos 106 del Código Civil y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que se colige que cada resolución judicial recaída en un procedimiento de familia en materia de pensiones alimenticias a los hijos habrá de desplegar sus efectos desde la fecha en que se dicte y no con efectos retroactivos, así como el carácter consumible de los alimentos que coadyuva a su no devolución.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En contraposición, el hecho de que el progenitor siga percibiendo la pensión alimenticia del hijo mayor de edad o emancipado, aunque hayan desaparecido las causas previstas por el artículo 93.2 del Código Civil que justifican su subsistencia (convivencia con el progenitor y carecer de ingresos propios), mientras no recaiga sentencia firme en el correspondiente procedimiento de familia que la extinga, podría suponer, en la práctica, una situación de enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido (artículos 1895 y 1896 CC), fraude de ley (artículo 6.4 CC) y de abuso de derecho (artículos 7.2 CC y 11.2 LOPJ), pues, ciertamente, se sigue percibiendo por uno de los progenitores del otro una pensión alimenticia por un hijo mayor de edad o emancipado, pese a haber desaparecido las circunstancias de convivencia y falta de ingresos propios de dicho hijo que justificaban su abono.

Teniendo en cuenta todo el referido marco normativo, en los dos siguientes epígrafes analizaremos cómo resuelve la jurisprudencia esta cuestión, tanto en el ámbito de los procedimientos de familia como en el ámbito del juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, así como las dificultades procesales que pueden surgir respecto de esta última acción en estos casos.

III. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECAÍDA SOBRE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA TS Nº 147/2019, DE 12 DE MARZO

Las Audiencias Provinciales han tenido una jurisprudencia contradictoria en relación con el tema tratado:

a) Como ejemplos de sentencias contrarias al reintegro de los importes percibidos de la pensión alimenticia, en base al carácter ex nunc de las sentencias en procesos de familia, las siguientes: SS. AP. Madrid 13/12/2012 (sección 24ª), 6 de febrero de 2013 (sección 24ª) y 25/01/2012 (sección 12ª); SAP Valencia 26/01/2009 (sección 11ª); SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15/01/2015 (sección 3.ª); SAP 03/11/2017 (sección 1ª).
b) Como ejemplos de la postura favorable al reintegro de los importes percibidos las siguientes: SAP Sevilla 12/04/2013 (sección 2ª), 24/09/2013 (sección 2ª) y 14/12/2005 (sección 5ª); SAP de Bizkaia 26/02/2014 (sección 5ª); SAP 30/06/2008 (sección 2ª); SAP Asturias 15/07/2009 (sección 7ª); SAP Toledo 31/07/2012 (sección 2ª); SAP de Lugo 10/03/2017 (sección 1º); SAP Huelva 28/04/2014 (sección 1.ª); SAP Alacant/Alicante 27/01/2016 (sección 4.ª).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a armonizar dicha jurisprudencia contradictoria, decantándose por la postura favorable al reintegro de los importes de la pensión alimenticia abonados por un progenitor al otro, una vez declarada extinguida por sentencia firme la pensión alimenticia en el correspondiente procedimiento de familia (generalmente de modificación de medidas), tomando como *dies a quo* del reintegro el momento en que cesó la legitimación del progenitor para percibirla cuando dejaron de concurrir las circunstancias fácticas precisas para su subsistencia, contempladas en el artículo 93.2 del Código Civil, esto es, a partir de que el hijo se independizó y dejó de convivir con el progenitor.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Así, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 147/2019 de 12 de marzo[1], desestima el recurso de casación interpuesto por la progenitora perceptora de la pensión alimenticia (demandada) contra las sentencias de primera instancia y apelación que acordaron en el ámbito de un procedimiento de modificación de medidas lo siguiente: *la extinción de los alimentos, una vez que se ha reconocido por la demandada que el hijo dejó de convivir con ella desde el mes de mayo o junio pasado, de forma que en ningún caso concurren desde ese momento los presupuestos del art. 93-2 del Código Civil para que el hijo pueda seguir siendo merecedor de tales alimentos. La extinción de la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos sí que tendrá efectos retroactivos desde mayo de 2015, teniendo en cuenta que desde el momento en que el hijo dejó de convivir con la madre, ésta no debió percibir ninguna cantidad por alimentos del hijo en cuestión, debiendo haberlo comunicado al padre para evitar el pago de nuevas pensiones alimenticias, sin que lo llevara a efecto, incurriendo en un claro supuesto de cobro de lo indebido, por lo que la demandada deberá devolver las cantidades indebidamente percibidas por alimentos del hijo Jesús Carlos desde el mes de mayo de 2015*.

La recurrente alegó su supuesta falta de legitimación pasiva respecto de la obligación de devolver las pensiones alimenticias de su hijo mayor de edad, considerando que se debió demandar a este último y no a ella, por ser él quien incurrió en el fraude ley del artículo 6.4 del Código Civil, abuso de derecho o mala fe, invocándose también el carácter de consumibles de los alimentos en necesidades perentorias, que determinan la no posibilidad de su devolución, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el carácter ex nunc de las sentencias que extinguen las pensiones alimenticias.

La decisión de la Sala es desestimatoria de dicho recurso de casación, confirmando la obligación de devolver la demandada los importes indebidamente percibidos de la pensión alimenticia desde la fecha en que el hijo se independizó del hogar familiar, analizando el Tribunal Supremo tres importantes cuestiones:

a) El tema de la legitimación *ad causam* del progenitor – y no del hijo mayor de edad - respecto de las acciones legales de reclamación o extinción de la pensión alimenticia de hijo mayor de edad o emancipado basadas en el artículo 93.2 del Código Civil.
b) Cómo deben interpretarse tales circunstancias fácticas que contempla el artículo 93.2 del Código Civil para que el progenitor conviviente con el hijo mayor de edad o emancipado tenga derecho a reclamar del otro una pensión alimenticia por el mismo.
c) Cómo se compatibiliza esta doctrina jurisprudencial con la fijada por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias 661/2015, de 2 de diciembre y 483/2017, de 20 de julio, que establecen el efecto no retroactivo, ex nunc, de las sentencias que extinguen las pensiones alimenticias de hijos mayores de edad

[1] STS, sección 1ª, nº 147/2019 de 12 de marzo [rec. 2762/2016, ROJ: STS 869:2019 y ECLI: ES:TS:2019:869].

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

o emancipados, basada en los artículos 106, párrafo primero, del Código Civil [2] y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[3].

El Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia analizada del TS nº 147/2019, de 12 de marzo, resuelve estas tres importantes cuestiones, razonando lo siguiente:

a) Respecto de la primera cuestión, referente a la legitimación *ad causam* del progenitor en este tipo de procedimientos de familia y no del hijo mayor de edad:

La sentencia, para resolver esta cuestión, cita la previa sentencia del TS nº 156/2017, de 7 de marzo, de la que podemos extractar los siguientes pasajes: *La ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo segundo del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio.*

En concreto, establece que "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código (…) La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

Este párrafo del artículo 93 CC (EDL 1889/1) ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial (…) Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos (…) Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo (…) A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000, de 24 abril, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida. En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto, la sentencia 411/2000, de 24 de abril, seguida por la 432/2014, de 12 julio, ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración.

[2] Art. 106 párrafo primero CC: *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…*).

[3] Art. 774.5 LEC: *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…*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Más adelante añade que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino "a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores". Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del art. 92 CC.

Por tanto, de lo razonado en esta sentencia, se colige que, a partir de la sentencia TS 411/2000, de 24 abril, la legitimación *ad causam* en este tipo de procedimientos de familia la ostenta exclusivamente el progenitor y no el hijo mayor de edad o emancipado directamente. Y ello resulta así porque de lo que se trata es del derecho del progenitor a percibir o no la pensión alimenticia del otro progenitor respecto del hijo, en función de si concurren o no las circunstancias previstas en el artículo 93.2 del Código Civil. Añade la citada STS que, en estos casos, los motivos de dicha legitimación exclusiva de los progenitores la doctrina los ha referido en unas ocasiones para evitar duplicidad de procedimientos por economía procesal y, en otras, para evitar al hijo confrontaciones legales directas con alguno de sus progenitores en un proceso judicial. Corolario de todo ello es que el progenitor conviviente, en estos casos, no puede aducir falta de legitimación pasiva intentando derivarla a su propio hijo.

b) Respecto de la segunda cuestión, acerca de cómo deben interpretarse las circunstancias que contempla el artículo 93.2 del CC para tener derecho uno de los progenitores a percibir del otro la pensión alimenticia por hijo mayor de edad o emancipado, aclara dicha sentencia lo siguiente: *el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa.*

En su consecuencia, el requisito que exige el artículo 93.2 del Código Civil de carecer de ingresos propios no significa que el hijo mayor de edad no puede tener ninguna clase de ingresos, siempre que no sean suficientes para llevar una vida independiente. En cuanto al requisito de la convivencia, se realiza una interpretación extensa del mismo, por lo que parece razonable que las ausencias temporales del hijo del domicilio familiar por viajes temporales, estudios u otras causas justificadas, siempre que no se rompa el vínculo de convivencia habitual con el progenitor, también colman el requisito de convivencia exigido por el artículo 93.2 del Código Civil.

c) Respecto de la tercera cuestión, relativa a la confrontación de esta sentencia del TS que comentamos con la previa jurisprudencia del mismo que declara que las sentencias de procesos de familia relativas a pensiones alimenticias de hijos mayores de edad tienen efectos ex nunc, desde que se dictan, y no *ex tunc,* la citada sentencia matiza lo siguiente: *3.- También conviene traer a colación la sentencia 483/2017, de 20 de julio, que, al decidir sobre los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia,*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

contiene la siguiente declaración: es doctrina reiterada de esta sala 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" (sentencias 3 de octubre 2008 ; 26 de marzo 2014 ; 25 de octubre 2016). 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. En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". 4.- Apreciese que se afirma pensiones percibidas y se añade "por supuesto consumidas". Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (SSTS 26 -marzo- 2014 ; 23 de junio de 2015 y 6 de octubre 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos. De ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (sentencias 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio) por seguir conviviendo con su progenitor. 5.- Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Jesús Carlos goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Jesús Carlos, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93. 2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde que el hijo Jesús Carlos dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad…. En el caso enjuiciado habían desaparecido las bases fácticas para que la recurrente tuviese legitimación para seguir percibiendo la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, y no lo comunicó al

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

alimentante. Además la sentencia recurrida, como ratio decidendi concurrente y no simple argumento ex abundantia , apoya su resolución en la necesidad de no consagrar "un manifiesto abuso de derecho", en el que entiende una connivencia entre madre e hijo.

En su consecuencia, la jurisprudencia que establece que las sentencias que extinguen pensiones alimenticias a hijos mayores de edad no tienen efectos retroactivos, sino a partir de la fecha en que se dictan (por ejemplo, SS.TS. 661/2015, de 2 de diciembre y 483/2017, de 20 de julio), se refieren a aquellos litigios de familia entre progenitores en los cuales el hijo aún convive en el hogar familiar y las pensiones alimenticias ya se han consumido por los mismos. Sin embargo, el caso analizado es distinto, porque ocurre cuando el hijo se independizó del hogar familiar y, por tanto, las pensiones no las ha consumido el hijo y el progenitor con el que convivía dejó así de ostentar la legitimacion para percibir dicha pensión, al haber desaparecido las causas legales que justificaban su subsistencia, previstas por el artículo 93.2 CC (convivir con el progenitor y carecer de ingresos propios), constituyendo un abuso de derecho y un enriquecimiento sin causa por parte de dicho pretender seguir percibiéndola.

El criterio de dicha sentencia fue reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo 223/2019, de 10 de abril, 1196/2023, de 20 de julio y 1072/2023, de 3 de julio.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE UN PROCEDIMIENTO DECLARATIVO EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 232/2024, DE 21 DE FEBRERO. CUESTIONES PROCESALES

Todas las sentencias analizadas hasta ahora que establecen dicha doctrina jurisprudencial se desenvuelven en el marco de procesos de familia, fundamentalmente de modificación de medidas. Sin embargo, la más reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 232/2024 de 21 de febrero[4] aplica la misma doctrina, con la particularidad de que lo hace en el ámbito de un procedimiento declarativo ordinario en el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, lo que puede generar obstáculos procesales que luego analizaremos y que no fueron examinados por el TS en su citada sentencia porque ninguna de las partes los plantearon. Esta STS trae causa de un previo procedimiento de modificación de medidas en el que recayó sentencia firme que extinguió la pensión alimenticia del hijo mayor de edad con efectos desde la fecha de su dictado. El progenitor beneficiado por dicho pronunciamiento interpuso con posterioridad demanda de juicio declarativo ordinario ejercitando la acción de enriquecimiento injusto, pretendiendo la devolución por parte del otro progenitor de las cantidades cobradas indebidamente por éste desde que cesaron las circunstancias del artículo 93.2 CC que justificaban su legitimación para percibirlas (convivencia del hijo mayor de edad con el otro progenitor y carecer de ingresos propios). La sentencia de primera instancia, que finalmente fue asumida en el recurso de

[4] Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 21-02-2024, nº 232/2024, rec. 1428/2022, PTE.: García Martínez, Antonio, ROJ: STS 981:2024; ECLI: ES:TS:2024:981.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

casación, estimó la demanda de enriquecimiento injusto. Considera dicha sentencia que el art. 93.2 CC refiere la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad "que convivieran en el domicilio familiar". Por tanto, a partir del momento en que el hijo/a mayor se independiza del hogar de su progenitor, debe cesar la obligación de contribuir del otro progenitor, por desaparición de la causa jurídica que la motiva. En el caso de ese pleito la hija mayor de edad de los litigantes ya se hallaba en julio de 2013 incorporada al mercado laboral, cesando su convivencia en el domicilio de la demandada. Esta situación **se produjo con anterioridad a la interposición por el demandante de la demanda de modificación de medidas** y desde antes de que recayera la sentencia en el pleito de modificación de medidas de 11 de diciembre de 2015, que extinguió la pensión alimenticia. La citada sentencia declara que la obligación alimenticia debe considerarse extinguida y sin amparo legal desde la desaparición de la causa que la motivaba, y ello con independencia de su constatación formal mediante la sentencia de modificación de medidas que así lo declaró, ya que la desaparición de la causa jurídica que justifica la pensión alimenticia supone que la percepción de la misma, acreditada la independencia económica de la hija, genera una situación de enriquecimiento injusto a favor de la perceptora y en contra del obligado al pago, resultando contrario al principio general contenido en el artículo 7 CC, al constituir un abuso de derecho que no puede ser amparado por los tribunales. Añade la sentencia de primera instancia que la jurisprudencia invocada por la parte demandada relativa a la carencia de efectos retroactivos de la sentencia de modificación de medidas no resulta en absoluto aplicable, ya que el objeto litigioso no es la devolución de pensiones percibidas y consumidas, sino las percibidas sin causa que los justifique en una situación de enriquecimiento injusto que se produjo desde el momento en que la demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia, no obstante lo cual siguió percibiéndolas.

Esta sentencia fue recurrida en apelación por la demandada, estimando parcialmente la Audiencia Provincial el rcurso de apelación, declarando que la apelante debía devolver los importes de la pensión alimenticia en concepto de pensiones alimenticias destinadas a su hija mayor de edad, con efectos ex nunc, a partir del mes siguiente a la fecha de la sentencia de modificación de medidas que extinguió la citada pensión, esto es, desde enero de 2016 hasta julio de 2016 (fecha en que cesó la retención practicada en el salario del demandante), en base al fundamento de que, aunque la hija común abandonara el domicilio materno en julio de 2013 para convivir, junto con quien es hoy su marido, en otro domicilio, considera que sí existía causa legal para el mantenimiento de la pensión alimenticia en favor de la hija común hasta el día 11 de diciembre de 2015, fecha en la que se dictó la sentencia en el procedimiento contencioso de modificación de medidas, y que la demandada estaba legitimada para percibir las cantidades correspondientes a la pensión alimenticia a que tenía derecho su hija mayor de edad hasta la firmeza de la citada sentencia recaída en el citado procedimiento de modificación de medidas de divorcio, pues nunca podría renunciar a la misma, ya que en todo caso debería ser la hija quien lo hiciera.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El demandante apelado interpuso recurso de casación por interés casacional, que fue admitido, pretendiendo que se revocara la sentencia de segunda instancia y se confirmara lo resuelto en la de la primera instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, asumiendo lo resuelto en la sentencia de primera instancia al ser ésta la que aplica correcta la doctrina jurisprudencial del TS recogida en la sentencia ya analizada previamente nº 147/2019, de 12 de marzo, confirmada por las SS.TS. 1196/2023, de 20 de julio, y 1072/2023, de 3 de julio. Así, el TS advierte que entre agosto de 2013 y julio de 2016, la demandada percibió la pensión sin justificación ni causa legal, conforme al artículo 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia, ya que la hija se independizó del hogar de su progenitora, por lo que estima el recurso de casación, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial y asumiendo lo resuelto en la sentencia de primera instancia ya comentada.

Esta procedimiento judicial que se acaba de analizar suscita dos cuestiones de índole jurídico procesal que el Tribunal Supremo no pudo examinar por no haber sido objeto de debate durante su tramitación por las partes, pero que, de haberse advertido, podrían cuestionar el Fallo estimatorio de la demanda, lo que podría resultar relevante en pleitos similares. Son así dos las cuestiones a analizar:

1ª cuestión: el artículo 400 de la LEC. A tenor de dicho precepto legal, el actor pudo alegar, plantear y pedir en la demanda de modificación de medidas que los efectos de la sentencia de modificación de medidas extinguiendo la pensión alimenticia se retrotrajeran al año 2013, año en el que la hija se independizó del hogar materno, solicitando la condena a la progenitora demandada a devolver las pensiones percibidas a partir de dicho momento. Sin embargo, el actor no lo hizo así, sino que se reservó dicho planteamiento y petitum para un pleito posterior, cuando podía haberlo alegado y solicitado en el anterior pleito de modificación de medidas, con infracción del citado artículo 400 LEC, vulnerando los principios de preclusión y de Cosa Juzgada, que podía haber determinado, por tal motivo, la desestimación de su demanda. La sentencia de modificación de medidas tiene efectos de cosa juzgada en estos casos, pues la posibilidad de variarla es sólo ante un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su dictado, supuesto que no concurre en el caso analizado (arts. 775.1 LEC y 90.3 CC). En este caso, la independencia del domicilio materno de la hija mayor de edad ya existía antes de la interposición de la demanda de modificación de medidas en el primer pleito, y así lo declaró y reconoció expresamente la sentencia de primera instancia del segundo pleito, donde se ejerctió la acción de enriquecimiento injusto.

2ª cuestión: La acción de enriquecimiento injusto tiene un carácter subsidiario, conforme a la doctrina jurisprudencial del TS, que ha declarado reiteradamente que sólo puede ejercitarse a falta de otra acción específica: SS.TS nº 939/2005, de 30 de noviembre [5](fundamento de derecho tercero, penúltimo párrafo), STS

[5] **Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 30-11-2005, nº 939/2005, rec. 1477/1999** , PTE.: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. IdCendoj: 28079110012005100922.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

nº 1035/2006, de 3 de enero 6 (fundamento de derecho primero) y la STS nº 295/2012, de 17 de mayo[7], que declara en su fundamento de derecho tercero: *En idéntica posición jurisprudencial que la de las SSTS citadas en la resolución de instancia, en la más cercana en el tiempo, dictada el 7 de diciembre de 2011, esta Sala ha sentado que «la* ***acción de enriquecimiento injusto*** *es* ***subsidiaria*** *a la existencia de acción específica, sin que quepa su ejercicio cuando el demandante no utilizó las acciones pertinentes que tenía a su alcance para así evitar satisfacer su deuda con un acreedor», lo que incide y corrobora el perecimiento del planteamiento aportado por la recurrente.*

En este caso, el actor disponía de la acción específica del procedimiento de modificación de medidas para instar en su demanda no sólo el cese de la pensión alimenticia, que es lo que pidió exclusivamente, sino también para solicitar el reintegro de los importes abonados desde que la hija se independizó del hogar materno, situación que ya existía antes de interponer dicha demanda de modificación de medidas. Sin embargo, el actor se reservó dicha pretensión para un posterior pleito declarativo ordinario ejercitando una acción de enriquecimiento injusto, obviando el carácter subsidiario de esta acción, que sólo debe ejercitarse ante la inexistencia de otra acción legal específica a través de la cual pudiera encauzarse. Por lo que este motivo también podría haber constituido un impedimento para la prosperibilidad de dicha demanda declarativa ordinario en ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto.

V. CONCLUSIONES

1º. A partir de la STS nº 147/2019, de 12 de marzo, seguida de las SS. TS. nº 1196/2023, de 20 de julio, y 1072/2023, de 3 de julio, se armoniza la jurisprudencia contradictoria que existía en las Audiencias Provinciales, asentándose el criterio jurídico de que en los casos en que un progenitor abona al otro la pensión alimenticia por hijo mayor de edad o emancipado en virtud de sentencia de familia que la fijó, por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 93.2 CC (convivencia con el progenitor y carecer de ingresos propios el hijo), el progenitor alimentante no sólo tiene derecho a solicitar la extinción de la pensión alimenticia en el correspondiente procedimiento de familia cuando cesan tales circunstancias determinantes de su subsistencia, sino que, además, puede solicitar el reintegro de los importes abonados de dicha pensión a partir del momento en que aquellas circunstancias cesaron, al carecer a partir de dicho momento el otro progenitor de legitimación para seguir percibiéndolos por falta de convivencia en su domicilio del hijo que accede a una vida independiente, constituyendo un abuso de derecho y un enriquecimiento injusto lo cobrado a partir de dicho momento por ese progenitor.

[6] STS Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 03-01-2006, nº 1035/2006, rec. 1891/1999, PTE.: Gullón Ballesteros, Antonio, ROJ: STS 49:2006, ECLI: ES:TS:2006:49.

[7] STS nº Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 17-05-2012, nº 295/2012, rec. 719/2008, PTE.: García Varela, Román, ROJ: STS 4230:2012, ECLI: ES:TS:2012:4230.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

2º. Dicha doctrina del TS no es incompatible con la sentada en virtud de las SS.TS. nº 661/2015, de 2 de diciembre y 483/2017, de 20 de julio, que establecen el efecto ex nunc de las sentencias de modificación de medidas que extinguen las pensiones alimenticias, conforme a los artículos 106 CC y 774.5 LEC, así como el carácter de consumibles de dichas pensiones que impiden su devolución, pues en éstas el caso tratado se refería a pensiones alimenticias ya consumidas por el hijo mayor de edad por seguir aún conviviendo con su progenitor; cuestión distinta al caso abordado en las sentencias citadas en el punto 1º, en las cuales el hijo/a mayor de edad ya se había independizado del domicilio familiar, careciendo a partir de dicho momento de legitimación y de justificación legal alguna que el progenitor siguiera percibiendo la pensión alimenticia, constituyendo un abuso de derecho y un enriquecimiento sin causa que lo justificara. Una vez independizado el hijo mayor de edad del hogar con el que convivía con uno de los progenitores, cesa la legitimación de éste para seguir cobrando la pensión alimenticia, sin perjuicio del derecho del hijo, a partir de dicho momento, de instar directamente una demanda de alimentos si se considerase con derecho a ello.

3º. La más reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 232/2024 de 21 de febrero aplica la misma doctrina jurisprudencial que las ya citadas en el punto 1º, pero, a diferencia de éstas, no lo hace en el ámbito del procedimiento de modificación de medidas de familia en el que se solicita la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad, pues esta petición se realiza ex post, por el progenitor alimentante, en un procedimiento declarativo ordinario en el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto, exigiendo la devolución de los importes abonados a partir del momento en que el hijo mayor de edad se independizó del hogar en el que convivía con el progenitor perceptor de la pensión alimenticia. En estos casos, el ejercicio de esta acción declarativa posterior al procedimiento de familia en cuyo seno se extinguió la citada pensión alimenticia suscita dos importes reparos procesales, no resueltos por el TS en dicha sentencia porque no fueron objeto de debate, que serían, por una parte, la posible infracción del artículo 400 LEC, principios de preclusión y cosa juzgada, ya que la pretensión de la devolución de los importes abonados indebidamente de la pensión alimenticia se pudo solicitar en el anterior pleito de modificación de medidas. Por otra parte, la jurisprudencia del TS es reiterada al declarar que la acción de enriquecimiento injusto tiene un marcado carácter subsidiario, que en este caso no se respetó, al ejercitar un procedimiento declarativo ordinario en el ejercicio de la acción de enriquecimiento, cuando esta acción se pudo ejercitar en el pleito específico a tal fin, que era el previo de modificación de medidas.

VI. RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS UTILIZADA EN ESTE TRABAJO

SSTS nº 939/2005, de 30 de noviembre; 1035/2006, de 3 de enero; 295/2012, de 17 de mayo; 661/2015, de 2 de diciembre, 483/2017, de 20 de julio; 147/2019, de 12 de marzo; 1196/2023, de 20 de julio; 1072/2023, de 3 de julio; nº 232/2024 de 21 de febrero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA IMAGEN ACCESORIA Y LA IDENTIFICABILIDAD PER SE: ANÁLISIS DE LA COLISIÓN DE DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Jordi Pérez Camacho

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de La Palma

SUMARIO: *I. Colisión de Derechos. II. La Doctrina de la Imagen Accesoria. III. El Criterio de la Identificabilidad Per Se y el Pixelado. IV. Ponderación Constitucional: Veracidad e Interés Público. V. Conclusiones. VI. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. COLISIÓN DE DERECHOS

El presente artículo aborda el conflicto jurídico que de forma reiterada se suscita entre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad de información a través de los canales informativos tradicionales y las actuales plataformas de difusión de noticias y conocimiento que inundan nuestra vida digital.

A través del presente análisis realizaremos un recorrido por el conflicto que se suscita constantemente entre derechos fundamentales que debe resolverse mediante un juicio de ponderación. Por un lado, está el derecho a la intimidad y a la propia imagen recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española y, por otro, la libertad de información consagrado en el artículo 20.1 letra d, de la citada norma constitucional.

A continuación, realizamos un análisis de diferentes sentencias del Tribunal Supremo que nos darán las claves para acercarnos a conceptos de especial trascendencia como la imagen accesoria; la identificabilidad per se y el pixelado, o la ponderación que se debe realizar entre el interés público de la información y su veracidad.

II. LA DOCTRINA DE LA IMAGEN ACCESORIA

El núcleo dogmático de las diferentes resoluciones de este procedimiento recae en la interpretación del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que permite la difusión de la imagen de una persona determinada cuando esta aparezca como "meramente accesoria" en un suceso público.

A este respecto debemos señalar que el derecho a la propia imagen es entendido como el derecho que asiste a la persona para impedir el uso de su propia imagen por un tercero no autorizado. Esto es, el derecho que nos asiste para protegernos frente a la pretensión de cualquier persona física o jurídica de hacer un uso de nuestra figura humana visible y recognoscible para un fin que no hemos expresamente autorizado o consentido. En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia 551/2024, de 24 de abril , con cita de otras muchas, en la que se define afirmando que: *El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la representación gráfica de la figura humana visible y recognoscible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde, por lo que abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, no debiendo confundirse con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la "imagen pública", la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo [...][1].

Cabe destacar a colación de esta sentencia del Tribunal supremo la diferenciación entre el derecho a la propia imagen del derecho al honor. Esto es, la diferencia entre el derecho a proteger nuestra figura humana visible y cognoscible frente a nuestra imagen pública de relevancia social o reputacional frente a la sociedad en la que vivimos y en la que somos reconocidos por nuestro posicionamiento particular. Y es que, en el derecho a la propia imagen nos encontramos con el derecho a proteger nuestro reflejo como seres humanos individuales, perfectamente identificables por nuestros rasgos físicos apreciables por terceros bajo cualquier forma de difusión o reproducción.

Entendida la extensión y limite jurisprudencial que se otorga a este derecho, podemos aproximarnos a la denominada doctrina de la imagen accesoria, que fue objeto de análisis pormenorizado por el Tribunal Supremo en las sentencias 748/2022, de 3 de noviembre; 1035/2023, de 27 de junio; 1223 y 1225/2023, de 13 de septiembre; sentencia 1817/2023, de 21 de diciembre; y sentencia 5978/2024, de 28 de noviembre. En esta última, se interpone demanda contra un medio de prensa por la difusión de unas imágenes del actor, un boxeador amateur, que aparecen en un vídeo con el que se ilustra la noticia del asesinato de un recluso en la cárcel de Soto del Real cometido por otro boxeador, apodado “Bola”, también recluido en dicha prisión, ocurrido el 26 de diciembre de 2018. En el vídeo se ilustra la noticia, titulada "Bola mata a golpes a un traficante de drogas por una litera”.

La doctrina de la imagen meramente accesoria es una excepción legal y jurisprudencial al derecho a la propia imagen, la cual encuentra recogida en el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982[2], que podemos resumir afirmando que, el derecho a la propia imagen no ampara el uso meramente accesorio de la imagen de una persona determinada, unida a la publicación de una información sobre un suceso o acontecimiento público objeto de una noticia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que la imagen de una

[1] STS 551/2024 de 24/04/2024.

[2] 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. Artículo 8.2, apartado c) determina que, “En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

persona sea considerada "accesoria" frente al derecho a la información, deben concurrir las siguientes características:

En primer lugar, la imagen de la persona no debe ser el elemento principal de la fotografía. Se considera accesoria cuando su presencia no es necesaria ni tiene una especial relación con el objeto principal que se pretende mostrar. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo[3] en Sentencia de 22 de febrero del 2011, que a su vez cita la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de marzo del 2009 (STC 77/2009, Rec. 6970/2006), donde se analiza si la decisión judicial impugnada, en la medida en que condena a la editorial recurrente por intromisión ilegítima en el honor y la propia imagen, por difundir fotografías de personas desnudas sin su consentimiento, ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, el Tribunal Constitucional dictamina que se produce una intromisión en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por carecer de interés público su difusión, lo que determina que no quepa apreciar la vulneración aducida del derecho a la información respecto de la condena por la difusión de estas imágenes[4].

En segundo lugar, la imagen debe enmarcarse en la comunicación de un suceso de relevancia o interés público, por ejemplo, un accidente de tráfico ferroviario o la propia campaña de vacunación de la COVID-19, lo que justifica que prevalezca la libertad de información sobre el derecho individual a la imagen. En este sentido, la propia Ley Orgánica 1/1982, establece limitaciones al derecho a la propia imagen tal y como hemos expuesto anteriormente. Estas limitaciones se producen por la confrontación de este derecho, con el derecho a la información reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución. Lo que permite que, el artículo 8.2 de la citada norma prevea que, el derecho a la propia imagen no impedirá: *la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesoria,* prevaleciendo así el derecho a la información sobre el individual a la propia imagen de la persona.

En tercer lugar, es un requisito indispensable que la imagen mostrada sea inocua; es decir, no debe suponer ningún desdoro, humillación, ni ser denigrante o degradante para la persona afectada, existiendo tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección[5].

---

[3] EDJ 2011/10616 STS (Civil) de 22 febrero de 2011: "En efecto, en este supuesto es perfectamente aplicable la causa de exclusión por el carácter accesorio de la imagen contemplada en el artículo 8.2,c) de la LPDH en relación con la amplia doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma, (SSTS, entre otras, 19 de octubre de 1992, RC núm. 1449/1990 EDJ 1992/10186, 24 de octubre de 1996, RC núm. 3914/1992 EDJ 1996/8325, 28 de diciembre de 1996, RC núm. 564/1993 EDJ 1996/9904, 7 de julio de 1998 RC. núm. 1630/1994 EDJ 1998/11892, 25 de septiembre de 1.998, RC núm. 1563/1994 EDJ 1998/19207, 27 de marzo de 1.999, RC núm. 2716/1994 EDJ 1999/5403, 14 de marzo de 2.003, RC núm. 2113/1997, 17 de marzo de 2.004, RC núm. 1359/1998 EDJ 2004/10567, 15 de julio de 2.005, RC núm. 3118/2001 EDJ 2005/116825 y 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003 EDJ 2007/10523), existiendo tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado, lo cual sucede en el caso que nos ocupa."

[4] En este mismo sentido, STC (Primera) de 16 de abril del 2007 (J2007/19738).

[5] SSTS, entre otras, 19 de octubre de 1992, RC núm. 1449/1990 EDJ 1992/10186, 24 de octubre de 1996, RC núm.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por último, debe observarse que la imagen sirve como un complemento ilustrativo de una noticia veraz y de interés público, por lo que no se debe dar a la fotografía un tratamiento jurídico distinto al que recibe el conjunto de la información. Es decir, una fotografía puede ser accesoria respecto a la información escrita que acompaña, una afirmación que comparte tanto nuestra jurisprudencia como nuestro Tribunal Constitucional desde 1995, en este sentido, la sentencia del TC 132/1995, de 11 de septiembre (EDJ 1995/4416), declaró: "No es por ello procedente que demos a la publicación de la fotografía un tratamiento distinto al que merece el conjunto de la información", y de forma más ilustrativa, la misma Sala en 2003 dictaminó, "La reproducción fotográfica tiene carácter accesorio respecto de la información escrita, la cual es veraz y con evidente trascendencia o interés público. No resulta cuestionable la relación de la fotografía con la información, siendo irrelevante si se pudo poner esa u otra distinta; y además es ilustrativa de lo que se pretende comunicar..."[6].

En consecuencia, cuando una imagen cumple con estos criterios de accesoriedad, no se requiere el consentimiento de la persona fotografiada para su publicación, dando lugar a que su difusión esté permitida legalmente excluyéndose, por tanto, la intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de la persona. Por esta razón, la accesoriedad es un concepto jurídico vinculado al interés informativo: la imagen vendría en favor del interés objetivo de la noticia, reuniendo las notas que hemos analizado conforme a la Jurisprudencia del Supremo.

III. EL CRITERIO DE LA IDENTIFICABILIDAD *PER SE* Y EL PIXELADO

El análisis sobre el criterio de la identificabilidad per se y el uso del pixelado en la jurisprudencia, nos va a permitir afirmar que la protección del derecho a la propia imagen depende fundamentalmente de si la persona representada es físicamente reconocible a través de la imagen misma, independientemente de factores externos o del uso de técnicas de ocultación si estas resultan redundantes.

Para que exista una vulneración ilegítima de este derecho, es requisito sine qua non que la información gráfica capte los rasgos físicos del afectado de tal manera que le hagan reconocible, tal y como nos recuerda la STS de 4 mayo de 2005 cuando afirma que, *y, en segundo lugar que debe aceptarse pura y llanamente que, circunscrito el recurso de apelación a la ponderación del conflicto entre el derecho a la imagen y el ejercicio de la libertad de información por haberlo así aceptado los ahora recurrentes que se aquietaron ante la sentencia de primera instancia, es irreprochable el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial, por cuanto está declarado probado y es patente que no se ha publicado fotografía alguna del fallecido en la que se permita su identificación.*

3914/1992 EDJ 1996/8325, 28 de diciembre de 1996, RC núm. 564/1993 EDJ 1996/9904, 7 de julio de 1998 RC. núm. 1630/1994 EDJ 1998/11892, 25 de septiembre de 1.998, RC núm. 1563/1994 EDJ 1998/19207, 27 de marzo de 1.999, RC núm. 2716/1994 EDJ 1999/5403, 14 de marzo de 2.003, RC núm. 2113/1997, 17 de marzo de 2.004, RC núm. 1359/1998 EDJ 2004/10567, 15 de julio de 2.005, RC núm. 3118/2001 EDJ 2005/116825 y 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003 EDJ 2007/10523.

[6] STC 241/2003, de 14 de marzo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La información gráfica generada en ningún momento recoge los rasgos físicos del afectado que le hagan reconocible, de tal manera que si ninguna imagen ha sido captada y reproducida, ninguna intromisión ilegítima a ella ha podido se cometida[7]. Es decir, si una imagen no permite la identificación de la persona a través de sus rasgos físicos, no hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

En este punto conviene señalar que el derecho a la imagen es un derecho diferente al de la intimidad, ya que, mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen. Esto ocurre cuando dichas imágenes o recursos gráficos produzca una invasión en la intimidad de la persona, pero no resulte identificable por sus rasgos físicos. De igual manera, se podría vulnerar el derecho a la propia imagen sin vulnerar el derecho a la intimidad, que se producirá cuando las imágenes difundidas sí permitan la identificación de la persona, pero no conlleven una intromisión en su intimidad. Sin perjuicio de lo anterior, también podría suceder, que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada.

Aclarado esto, el derecho fundamental a la propia imagen tiene como finalidad tutelar la representación gráfica de la figura humana que sea "visible y recognoscible", que viene a ser doctrina reiterada por nuestro Tribunal Supremo, siendo ejemplificantes las sentencia 293/2024, de 4 de marzo, que recuerda lo declarado por la 8/2023, de 11 de enero, en las que se afirma: *El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y recognoscible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde, por lo que abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, no debiendo confundirse con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la "imagen pública", la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo [...]*[8].

En consecuencia, el Tribunal Supremo exige que la identificación provenga de las características intrínsecas de la imagen (*per se*) y no de deducciones basadas en el contexto o en asociaciones externas. En definitiva, no procede la protección de la imagen cuando la figura carece de un componente individualizador perceptible o de rasgos individualizadores. Tampoco será digno de protección, cuando el entorno familiar o social de una persona pueda asociar una imagen irreconocible con un individuo concreto debido a noticias publicadas

[7] EDJ 2005/68304 STS (CIVIL) DE 4 MAYO DE 2005.

[8] STS 8/2023, de 11 de enero; STS 293/2024, de 4 de marzo. En dichas sentencias se condensa la doctrina del Tribunal Supremo sobre la tutela de la representación gráfica de la figura humana que sea "visible y recognoscible" a través del derecho fundamental a la propia imagen.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

previamente o al contexto de la noticia, pues a efectos legales, la asociación externa no convierte a la imagen en "reconocible"[9].

En cuanto al pixelado y su relevancia jurídica, vemos que nuestra jurisprudencia acepta el pixelado como una herramienta técnica comúnmente utilizada por los medios de comunicación para anonimizar rostros y evitar vulneraciones del derecho a la imagen. Esta técnica de distorsión del rostro es especialmente demandada cuando la persona objeto de dicha imagen es menor de edad. Sin embargo, podemos afirmar que la exigencia legal del pixelado está supeditada a que la imagen original sea identificable. Y es que, en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril del 2024[10], se analiza la publicación de una fotografía de un menor sin pixelar, donde la parte demandante argumentaba que el pixelado era necesario porque el titular de la noticia permitía identificar al menor "dentro del contexto de su familia". En este caso, el Tribunal Supremo desestimó este argumento basándose en el criterio de la identificabilidad *per se* que ya hemos analizado, determinando que, al encontrarse el menor de perfil o de espaldas, resultaba imposible apreciar o reconocer sus rasgos físicos y, en consecuencia, la imagen no vulneraba su derecho, aunque no estuviese pixelada.

El criterio jurisprudencial establece que, si no se cumple el requisito de la "recognoscibilidad" intrínseca de los rasgos físicos, no cabe considerar afectado el derecho a la propia imagen. Por lo tanto, el pixelado, aunque es una medida cautelar excelente en el periodismo, resulta jurídicamente innecesario si la persona retratada ya es irreconocible por la propia posición, distancia o ángulo en que fue captada la imagen.

IV. PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL: VERACIDAD E INTERÉS PÚBLICO

El juicio de ponderación entre el derecho a expresar y comunicar libremente información (art. 20.1 CE[11]) y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE[12]) exige evaluar si la intromisión en los derechos de la personalidad encuentra justificación frente al ejercicio legítimo de las libertades informativas.

[9] Véase en este sentido STS 329/2005, de 4 de mayo, donde en su Fundamento de Derecho Segundo se afirma: "Por la representación de los actores se prepara e interpone recurso de casación alegándose infracción de los artículos 7 LO 1/1982 (EDL 1982/9072) , artículo 18.1 CE (EDL 1978/3879) y artículo 1902 CC (EDL 1889/1). Del contenido del escrito justificativo de la interposición, se limita a recoger las fechas de una pluralidad de sentencias de esta Excma. Sala y del Tribunal Constitucional referentes al deber de comprobación de las noticias antes de su publicación por los profesionales periodistas, a recordar la sucesión de noticias publicadas en el diario La Verdad los tres diferentes días, a afirmar que la fotografía publicada no era veraz y que carecía de interés público, y que dado que aun no reconociéndose la víctima por la misma fotografía, dada la cercanía de la fecha del accidente, la perfecta identificación del buque y la furgoneta funeraria, resultaba de extrema facilidad para el entorno familiar y social del difunto, asiduo a las propias, instalaciones, asociar aquella imagen con el acontecimiento del accidente y la muerte de D. Cornelio... lesionando con ello la intimidad familiar".

[10] Véase en este sentido el Fundamento Jurídico Primero de la STS 551/2024, de 24 de abril del 2024, N.º de Recurso 3212/2023.

[11] Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

[12] Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de enero del 2021[13], para que la libertad de información prevalezca, la jurisprudencia exige el cumplimiento de tres requisitos fundamentales:

En primer lugar, la información publicada debe referirse a un asunto de interés general o tener relevancia pública, ya sea por la materia tratada, por razón de las personas involucradas o por ambas circunstancias, tal y como señala la STS 25/2021 al afirmar que *según constante doctrina jurisprudencial, para que en un determinado caso pueda mantenerse la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de información es preciso que la información comunicada sea veraz, que venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, y que en su exposición pública no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias.*

En segundo lugar, la veracidad no equivale a una exactitud total o absoluta de los hechos, sino al deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables y susceptibles de contraste. La información es digna de protección, aunque su exactitud sea controvertible o contenga errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado[14]. Esto incluso ha permitido que nuestro alto tribunal admita que la información sea controvertida o que se pueda incurrir en errores circunstanciales que no afectan al contenido esencial de la información que se publica[15].

En tercer lugar, la exposición de la información no puede emplear expresiones inequívocamente injuriosas, ultrajantes, denigrantes o desproporcionadas que no guarden relación con el hecho informativo. Es lo que podríamos resumir como "extralimitación morbosa" o la revelación de aspectos íntimos irrelevantes para la noticia.

Expuesto lo anterior, resulta muy común en el ámbito periodístico la publicación de sentencias y resoluciones judiciales al objeto de dar publicidad a hechos noticiables que ocurren en la sociedad española. En este sentido, numerosos son los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo que han dado lugar a una doctrina que

[13] STS 25/2021, de 25 de enero del 2021, N.º de Recurso 523/2018.

[14] En cuanto a la exigencia de "veracidad", conforme al Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 25/2021, de 25 de enero del 2021: *Frente a lo anterior no pueden prosperar las alegaciones del recurrente que cuestionan la veracidad de lo publicado. En efecto, no desvirtúa la veracidad de la publicación el que fuera la policía local y no la nacional la que acudió a la vivienda en la que se produjeron los hechos, o el decir que lo detuvieron cuando huía, porque a efectos de la noticia lo relevante es que lo detuvieron cuando salía de la casa después de encerrar a su novia tras causarle las lesiones por las que fue condenado. Tampoco hay falta de veracidad porque la víctima estuviera desempleada, aunque la publicación, en lugar de utilizar la misma expresión que empleara la sentencia ("días impeditivos para desarrollar la ocupación o actividad habitual de la víctima") aludiera a los días que las lesiones impidieron a la víctima desarrollar su actividad laboral, pues hubo lesiones con días impeditivos. Tampoco hay falta de veracidad por no añadir datos que el recurrente considera relevantes, como que pagó una indemnización a la víctima y esta durante la vista no reclamó, o el tiempo que duró la orden de alejamiento, pues con ello no quedaría desvirtuada la información publicada sobre la condena y los hechos que la motivaron.*

[15] Véase en este sentido, sentencias 337/2016, de 20 de mayo, 362/2016, de 1 de junio, 20/2017, de 17 de enero, 53/2017, de 27 de enero, 62/2017, de 2 de febrero, 426/2017, de 6 de julio, 602/2017, de 8 de noviembre, 338/2018, de 6 de junio, 719/2018, de 19 de diciembre, 372/2019, de 27 de junio, y 210/2020, de 29 de mayo; ente otras.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

podemos condensar en el empleo de la publicidad como garantía democrática, buscando así la independencia judicial y los principios democráticos del sistema judicial español. En este sentido, sobre la publicidad de las sentencias y el derecho al honor, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 1191/2008, de 22 de diciembre, declaró: *La publicidad de las sentencias constituye un instrumento de garantía de la independencia de los tribunales y de su actuación conforme a Derecho, por cuanto estos principios se refuerzan mediante el conocimiento de la actuación de los tribunales por los ciudadanos, y debe considerarse estrechamente ligada a la protección de los derechos fundamentales inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales.*

En cualquier caso, el derecho a la publicidad tiene límites como hemos señalado anteriormente, aunque la regla es la transparencia. En este sentido, la publicidad podrá ser limitada o restringida cuando la difusión atente directamente al honor o a la intimidad de los ciudadanos, cuando la sentencia revele aspectos de la intimidad que por su razón no deban ser públicos, o cuando nos encontramos ante ciudadanos con especial protección como es el caso de menores, víctimas de violencia de género o personas bajo tutela especial. En este sentido conforme dice la STS 1191/2008, de 22 de diciembre, *esta publicidad solamente puede ser restringida o limitada, con arreglo a lo establecido en la ley, cuando puede comportar el menoscabo de un derecho fundamental de los ciudadanos afectados o de un bien constitucionalmente protegido, especialmente cuando el conocimiento de los datos de carácter privado que constan en la sentencia puede dar lugar a la divulgación de aspectos de la privacidad que deben ser objeto de protección, siempre que esta divulgación no resulta amparada por el derecho a la información en el marco de la comunicación pública libre propia de una sociedad democrática.* Al respecto, el artículo 266.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial, dispone que *las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas. El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes.* Es el Tribunal Constitucional que ha afirmado que, los principios de ponderación y proporcionalidad pueden llevar a la conclusión de que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia sobre la publicidad de las resoluciones judiciales, tal y como se recoge en la STC 57/2004, de 19 de abril (EDJ 2004/12037).

V. CONCLUSIONES

A la luz del análisis jurisprudencial y normativo expuesto, podemos extraer una relación de conclusiones que nos permite condensar la colisión entre el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen frente al derecho de información:

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Los conflictos entre el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen frente a la libertad de información son resueltos a través de un estricto juicio de ponderación constitucional. De esta manera, para que la libertad de información prevalezca, es requisito indispensable que la noticia sea veraz, se refiera a un asunto de interés general o relevancia pública, y se exponga sin el empleo de expresiones inequívocamente injuriosas, ultrajantes o desproporcionadas.

La doctrina de la imagen accesoria, recogida en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, constituye una excepción legal que exime de recabar el consentimiento de la persona fotografiada. Para su aplicación, la representación de la persona no debe ser el elemento principal, tiene que producirse en el marco de un acontecimiento de interés público (como una campaña de vacunación), debe ser inocua o no denigrante, y actuar como un mero complemento ilustrativo subordinado a la información principal.

La vulneración del derecho a la propia imagen requiere el cumplimiento del criterio de la identificabilidad *per se*. Esto significa que la persona debe ser físicamente visible y recognoscible por sus propios rasgos físicos "a simple vista", sin que resulten válidas a efectos legales las deducciones o asociaciones externas basadas en el entorno familiar o en el contexto de la noticia que pudieran hacer identificable a la persona o a su entorno familiar.

En cuanto a las herramientas de anonimización en el periodismo, la técnica del pixelado resulta jurídicamente innecesaria si la persona ya es irreconocible de origen (por ejemplo, por estar de perfil, de espaldas o por la distancia de captación). No obstante, se establece como una excelente medida cautelar en la práctica periodística para evitar vulneraciones, siendo especialmente demandada cuando la información gráfica involucra a menores de edad.

Finalmente, aunque la publicidad de las sentencias judiciales es un pilar y una garantía democrática del Estado de Derecho, no es un derecho absoluto. En virtud de los principios de ponderación y proporcionalidad (artículo 266.1 LOPJ), dicha publicidad debe ser restringida cuando la difusión de la resolución menoscabe la intimidad o el honor de los afectados, con especial rigor cuando se trate de personas que requieran una especial tutela, como menores o víctimas.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Fuentes legislativas

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

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 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional

STC 132/1995, de 11 de septiembre (Ref. EDJ 1995/4416).

STC 57/2004, de 19 de abril (Ref. EDJ 2004/12037).

STC 77/2009, de 23 de marzo (Rec. 6970/2006).

Tribunal Supremo

STS 329/2005 de 4 de mayo de 2005.

STS 1191/2008, de 22 de diciembre de 2008.

STS 18/2011, de 22 de febrero de 2011.

STS 25/2021, de 25 de enero de 2021.

STS 748/2022, de 3 de noviembre de 2022.

STS 8/2023, de 11 de enero de 2023.

STS 1035/2023, de 27 de junio de 2023.

STS 1223/2023, de 13 de septiembre de 2023.

STS 1817/2023, de 21 de diciembre de 2023.

STS 293/2024, de 4 de marzo de 2024.

STS 551/2024, de 24 de abril de 2024.

STS 5978/2024, de 28 de noviembre de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ANÁLISIS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

María Teresa Pérez Martínez de Ibarreta

Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

SUMARIO: *I. Introducción y contexto normativo. II. Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria. III. Presupuestos para el reconocimiento de la pensión compensatoria. 1. El desequilibrio económico como elemento sustancial. 2. La relación causal con el matrimonio. 3. Análisis de los criterios del artículo 97 del Código Civil. IV. Cuantificación de la pensión compensatoria. 1. Principios que rigen la determinación de la cuantía. 2. Factores relevantes para la cuantificación. V. La temporalidad de la pensión compensatoria. 1. Régimen legal tras la Ley 15/2005, de 8 de julio. 2. Pensión indefinida versus pensión temporal. 3. Criterios jurisprudenciales para la fijación de la duración de la pensión compensatoria. VI. Modificación y extinción de la pensión compensatoria. 1. Modificación por alteración sustancial de circunstancias. 2. Causas de extinción. 3. La convivencia more uxorio como causa de extinción. 4. Fallecimiento del deudor. VII. Renuncia y acuerdo entre los cónyuges. 1. La renuncia anticipada a la pensión compensatoria. 2. Los convenios reguladores y su control judicial. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía y jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO NORMATIVO

La figura jurídica de la pensión compensatoria es una de las materias más controvertidas en los procesos de separación y divorcio. Se regula en los artículos 97 a 101 del Código Civil, y se define como una prestación económica cuya finalidad es corregir el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, siempre que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

La pensión compensatoria se incorporó por primera vez al ordenamiento jurídico español con la reforma del Código Civil realizada por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Desde entonces esta figura ha experimentado una notable evolución: originariamente se configuró como una prestación de carácter vitalicio —cuya principal beneficiaria era, la mayoría de las veces, la mujer –, y posteriormente se ha flexibilizado para adaptarse al contexto de la sociedad actual.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo un importante cambio en la naturaleza y duración de la pensión compensatoria, permitiendo establecerla con carácter temporal.

El objeto del presente artículo es analizar la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo en materia de pensión compensatoria, así como los criterios aplicados en la definición del concepto de desequilibrio económico, los parámetros de cuantificación, la TEMPORALIDAD DE LA PRESTACIÓN Y LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La naturaleza jurídica de la pensión compensatoria es un tema que ha sido analizado en numerosas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia, y ha experimentado una importante evolución para adaptarse a las diferentes realidades sociales. En su configuración originaria, la figura presentaba rasgos asistenciales que llevaron a algunos autores a identificarla con una obligación de alimentos entre cónyuges separados o divorciados. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha abandonado progresivamente esta concepción y ha determinado que la pensión compensatoria no tiene naturaleza alimenticia ni indemnizatoria. Por tanto, la finalidad de la pensión no es compensar daños y perjuicios derivados del divorcio, sino equilibrar situaciones económicas dispares generadas por la vida en común. Tampoco obedece a criterios de culpabilidad o responsabilidad por la ruptura matrimonial, con independencia de quién haya sido el causante de la extinción del vínculo conyugal.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia 1593/2024, de 28 de noviembre[1], la pensión compensatoria tiene una naturaleza estrictamente reequilibradora: su fundamento es corregir el desequilibrio económico generado por la ruptura conyugal, sin que pueda confundirse con una prestación asistencial, alimenticia o indemnizatoria.

Por tanto, el fundamento último de la pensión compensatoria reside en el principio de solidaridad postconyugal. Durante la convivencia matrimonial, los cónyuges articulan su vida personal, profesional y económica en torno al proyecto común, lo que frecuentemente implica la asunción de sacrificios individuales en beneficio de la unidad familiar. Cuando la unión se disuelve, los sacrificios realizados pueden proyectar sus efectos durante años o décadas, y la figura de la pensión compensatoria pretende corregir dicho desequilibrio. La STS 1634/2025, de 13 de noviembre de 2025 declara que "la pensión compensatoria es una manifestación de solidaridad post conyugal fundada en la idea de que la separación o el divorcio no pueden borrar la relación con el cónyuge que resulta perjudicado con la ruptura siempre que el matrimonio haya generado un desequilibrio económico entre los cónyuges"[2].

III. PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. El desequilibrio económico como elemento sustancial

El presupuesto fundamental para el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges. El artículo 97 CC exige la acreditación de un desequilibrio económico en la situación del cónyuge solicitante en relación con la posición del otro, siempre que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

[1] STS 1593/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.
[2] STS 1634/2025 Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Según la doctrina del Tribunal Supremo, la comparación de las situaciones económicas de ambos cónyuges debe realizarse en el momento de la ruptura, tomando como punto de referencia no el nivel de vida matrimonial, sino la proyección económica futura de cada uno. Si ambos cónyuges van a quedar en una situación similar de precariedad, no procede la pensión, aunque su nivel de vida vaya a disminuir respecto del matrimonial.

La STS 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024, reitera que la finalidad de la pensión compensatoria es compensar el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o divorcio y no constituye un sistema de equilibrio de patrimonios de los cónyuges, porque no significa paridad ni debe entenderse como un derecho de nivelación o indiscriminada igualación[3].

2. La relación causal con el matrimonio

La jurisprudencia ha reiterado que no basta con que exista un desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la separación o el divorcio; es necesario que ese desequilibrio tenga relación de causalidad con el matrimonio, es decir, que sea consecuencia de las circunstancias del matrimonio y de la forma en que fue organizada la vida conyugal.

El Tribunal Supremo ha precisado que la pensión no procede cuando el desequilibrio existía antes del matrimonio y éste no lo ha generado ni agravado, debiendo acreditarse que fue el propio matrimonio el que generó una situación de dependencia o sacrificio personal. Por tanto, el mero hecho de que uno de los cónyuges tenga mayor capacidad económica que el otro no es suficiente para generar el derecho a la pensión compensatoria.

Los supuestos más claros de desequilibrio causado por el matrimonio son aquéllos en que uno de los cónyuges dedicó su vida al cuidado del hogar y de los hijos, renunciando a su propio desarrollo profesional, o bien aquellos en que un cónyuge subordinó su carrera a la del otro, siguiéndole en sus desplazamientos o asumiendo el trabajo doméstico para facilitar el éxito profesional de su cónyuge.

A estos efectos, la STS 6101/2024, de 28 de noviembre[4], subraya la necesidad de proteger a la parte que ha sufrido un mayor perjuicio profesional y económico por el matrimonio, al valorar la dedicación exclusiva al hogar durante 37 años de la solicitante y la pérdida de oportunidades laborales.

3. Análisis de los criterios del artículo 97 del Código Civil

El artículo 97 CC establece una lista de criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si procede la pensión y para fijar su cuantía. Estos criterios no son taxativos sino meramente orientativos, y el juez debe valorarlos en su conjunto para llegar a una solución equitativa.

[3] STS 1593/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.
[4] STS 6101/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El artículo 97 CC enumera nueve criterios: los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; la edad y estado de salud; la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la dedicación pasada y futura a la familia; la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; y cualquier otra circunstancia relevante.

Según la jurisprudencia, la enumeración de los criterios no supone que todos deban concurrir simultáneamente, y el peso de cada uno de ellos depende del supuesto concreto. La doctrina consolidada del Tribunal Supremo exige el análisis individualizado de cada caso, atendiendo al conjunto de circunstancias personales, familiares y económicas que concurran en el mismo. En la práctica, los factores más relevantes son la edad y las posibilidades de reincorporación al mercado de trabajo, la duración del matrimonio y la dedicación familiar.

IV. CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. Principios que rigen la determinación de la cuantía

La determinación de la cuantía de la pensión compensatoria es una de las cuestiones más complejas y controvertidas en la práctica. El artículo 97 CC no establece ningún método de cálculo concreto, por lo que es preciso acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios de cuantificación.

La cuantía de la pensión debe responder a dos finalidades principales: por un lado, compensar el sacrificio realizado por el cónyuge beneficiario durante el matrimonio; por otro, proporcionar a dicho cónyuge los medios necesarios para superar la situación de desequilibrio y alcanzar, en la medida de lo posible, un nivel de vida equiparable al del otro cónyuge.

2. Factores relevantes para la cuantificación

Uno de los factores relevantes para cuantificar la pensión es la duración del matrimonio, que es un indicador del grado de integración del cónyuge beneficiario en el proyecto familiar y del sacrificio realizado. A mayor duración del matrimonio, mayor suele ser el desequilibrio generado y, en consecuencia, más elevada la cuantía de la pensión.

Otro factor determinante es la capacidad económica del cónyuge obligado, ya que no puede fijarse una pensión que haga imposible o extremadamente gravosa la situación del deudor. El Tribunal Supremo mantiene una postura contraria a la fijación de pensiones desproporcionadas respecto a los recursos económicos del obligado al pago, pues ello equivaldría a convertir la pensión en un mecanismo de empobrecimiento del deudor.

Por último, las posibilidades reales de inserción laboral del cónyuge acreedor también condicionan la cuantía. Si el beneficiario tiene posibilidades efectivas de incorporarse al mercado de trabajo, la pensión podrá ser de menor cuantía y/o de duración limitada, pues el desequilibrio tenderá a corregirse con el tiempo.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

V. LA TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. Régimen legal tras la Ley 15/2005, de 8 de julio

Como se ha comentado en la introducción, la Ley 15/2005 de 8 de julio introdujo una modificación sustancial en el régimen de la pensión compensatoria al permitir establecerla con carácter temporal o indefinido, a diferencia de la anterior regulación que contemplaba únicamente la pensión indefinida. Esta reforma respondió a una demanda doctrinal y jurisprudencial que buscaba adaptar la figura a la realidad social y evitar que se convirtiera en una renta vitalicia desvinculada del desequilibrio que la justificaba.

Actualmente la jurisprudencia considera que ambas modalidades (pensión temporal o indefinida) son igualmente válidas y la elección entre ellas depende exclusivamente de las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, la pensión no puede ser indefinida simplemente por la imposibilidad de determinar su duración, puesto que hay que analizar las circunstancias de cada supuesto.

2. Pensión indefinida versus pensión temporal

El Tribunal Supremo mantiene que la pensión sólo puede fijarse temporalmente si existe una probabilidad fundada de que el desequilibrio desaparecerá en ese plazo. La temporalidad de la pensión está justificada cuando existen datos objetivos que permitan prever que el desequilibrio económico puede ser superado por el cónyuge beneficiario en un periodo determinado, sin que sea necesario que la corrección sea segura o automática. Esto es debido a que la pensión temporal es un instrumento de transición que proporciona los medios necesarios para que el cónyuge perjudicado pueda recuperar su autonomía económica en un periodo de tiempo razonable. La STS 3482/2022, de 26 de septiembre[5] declara que la fijación de una pensión compensatoria temporal no requiere la certeza de que el cónyuge acreedor va a superar el desequilibrio al finalizar el plazo, sino que basta con que existan perspectivas razonables de que así ocurra, atendiendo a sus circunstancias personales y profesionales. Según dicha sentencia la pensión compensatoria no puede ser temporal cuando la edad y la nula experiencia laboral del beneficiario impiden razonablemente su acceso al mercado de trabajo.

Por su parte, la pensión indefinida sigue siendo procedente cuando las circunstancias del caso hacen inviable o muy improbable que el desequilibrio pueda ser superado por el cónyuge beneficiario. Esto ocurre especialmente en matrimonios de larga duración con cónyuges de avanzada edad que han dedicado toda su vida a la familia y carecen de perspectivas reales de incorporación laboral.

3. Criterios jurisprudenciales para la fijación de la duración de la pensión compensatoria

Los factores más relevantes para determinar la duración de la pensión son los siguientes: la edad del beneficiario y sus perspectivas de acceso o reincorporación al mercado laboral; la cualificación profesional y

[5] STS 3482/2022 Sala 1ª, de 26 de septiembre de 2022.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la facilidad de actualización de sus conocimientos; el tiempo durante el cual se ha producido la dedicación al hogar que ha generado el desequilibrio; y las circunstancias del mercado de trabajo en el sector o área profesional correspondiente.

Según la STS 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024[6], los supuestos contemplados en el art. 97 CC no sólo operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio, sino también como módulos de cuantificación de su montante económico. A continuación, se proceden a analizar los principales criterios:

a) Edad del cónyuge solicitante de la pensión

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la edad del beneficiario no es óbice para la temporalidad si existe capacidad de inserción laboral, habiendo de valorarse cada caso concreto. La STS 185/2022, de 3 de marzo[7] declara que la edad avanzada de la beneficiaria, unida a la falta de cualificación profesional acreditada, constituye un obstáculo objetivo y notorio que impide realizar el juicio prospectivo de superación del desequilibrio que exige la fijación de una pensión temporal, debiendo concederse en consecuencia con carácter indefinido.

b) Inexistencia de impedimento físico para trabajar

Según la STS 6107/2024, de 28 de noviembre[8], el hecho de que el cónyuge solicitante de la pensión no esté físicamente impedido para trabajar, no es causa de exclusión de la pensión compensatoria, ya que el hecho de que pueda trabajar no significa que vaya a encontrar trabajo, ni que pueda incorporarse fácilmente al mercado laboral o en un sector que ofrezca ingresos suficientes para su subsistencia, ya sea por razones de edad o de falta de formación.

c) Posibilidad de acceso a ayudas públicas

La posibilidad de que el cónyuge perjudicado acceda a ayudas públicas no elimina el desequilibrio económico ni excluye el reconocimiento de la pensión compensatoria, ya que su obtención depende del cumplimiento de determinados requisitos y trámites administrativos, por lo que su concesión no es inmediata ni está asegurada. En cualquier caso, la compensación económica tiene un fundamento jurídico específico, corregir el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio, no suplirlo con recursos estatales destinados a atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza.

Así, la STS 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024[9] declara que el fundamento de la pensión compensatoria es corregir el desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio, y no suplirlo con recursos

[6] STS 1593/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.
[7] STS 185/2022 Sala 1ª, de 3 de marzo de 2022.
[8] STS 6107/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.
[9] STS 1593/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

estatales que están establecidos y destinados para atender situaciones de vulnerabilidad de diferente naturaleza.

VI. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

1. Modificación por alteración sustancial de circunstancias

La pensión compensatoria, una vez fijada, puede ser modificada o extinguida cuando se produzcan alteraciones sustanciales en las circunstancias de cualquiera de las partes. El artículo 100 del Código Civil contempla expresamente esta posibilidad, estableciendo un mecanismo para adaptar la pensión a la realidad cambiante.

Para que proceda la modificación, la alteración de circunstancias debe ser sustancial, esto es, suficientemente relevante como para alterar el equilibrio en que se basó la fijación de la pensión. No basta con cambios menores o previsibles al tiempo de su establecimiento. La jurisprudencia exige que el cambio sea objetivo, significativo y no imputable a la voluntad del obligado.

A continuación, se procede a analizar varios supuestos frecuentes en la práctica:

a) Reducción voluntaria de ingresos del obligado al pago

En la STS 5252/2025, de 24 de noviembre[10], el Supremo aborda si puede modificarse o extinguirse la pensión cuando el obligado reduce ingresos por decisiones propias o reorganización patrimonial. La doctrina es restrictiva en este aspecto: no basta alegar menos ingresos si la disminución no es verdaderamente involuntaria o si mantiene capacidad económica global. El pagador debe acreditar un cambio en sus condiciones económicas sustancial, estable y no provocado artificialmente.

b) Situación de jubilación

Respecto al acceso a la situación de jubilación por parte del obligado al pago de la pensión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que la pensión debe ser proporcionada a los recursos económicos del obligado, debiendo ponderarse, a tales efectos, la variación patrimonial y de ingresos sobrevenida como consecuencia del acceso a la situación pasiva, en contraste con la capacidad contributiva preexistente.

Respecto a la situación de jubilación del beneficiario de la pensión, el Tribunal Supremo ha establecido que puede fijarse como plazo final de percepción de la pensión compensatoria el momento en que se adquiera el derecho al cobro de una pensión de jubilación[11].

[10] STS 5252/2025 Sala 1ª, de 24 de noviembre de 2025.

[11] GARCÍA MAYO/GÓMEZ VALENZUELA/DE VERDA Y BEAMONTE, La pensión compensatoria por separación o divorcio, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2023.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En este sentido se ha pronunciado la STS 369/2020, de 29 de junio[12], que confirmó el reconocimiento de una pensión compensatoria de 700 euros mensuales a favor de la cónyuge de 62 años y en situación de incapacidad temporal, sujetando su devengo a una condición suspensiva consistente en la denegación de su reincorporación a la empresa administrada por su cónyuge, una vez extinguida la prestación por incapacidad temporal. Asimismo, la obligación quedaba sujeta a término final, produciéndose su extinción en el momento en que la beneficiaria accediera a la pensión de jubilación o percibiera cualquier prestación de cuantía igual o superior. Se configura, por tanto, una pensión compensatoria de naturaleza condicional y temporalmente limitada, conforme a los parámetros del artículo 97 del Código Civil.

Por último, la mera expectativa de percibir una pensión por invalidez o una pensión de carácter no contributivo no autoriza a establecer una pensión de carácter temporal, si no se acredita con la suficiente certidumbre la posibilidad de percibirla y su cuantía.

c) Percepción de una herencia

La percepción de la herencia puede ser una circunstancia determinante de la modificación o extinción de la pensión compensatoria[13].

En la STS 133/2014, de 17 de marzo[14], el Alto Tribunal entiende que la herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción. Más recientemente, la STS 59/2022, de 31 de enero[15], establece que la pensión compensatoria puede extinguirse cuando el desequilibrio económico que la motivó desaparece, valorando cambios patrimoniales como la recepción de una herencia o ahorros significativos por el perceptor.

2. Causas de extinción

El artículo 101 CC establece las causas de extinción de la pensión compensatoria. La primera es el cese de la causa que determinó su concesión, que se produce cuando el desequilibrio económico que justificó la pensión ha desaparecido por cualquier motivo. La segunda es la convivencia del acreedor con otra persona, en base a la presunción del legislador de que este factor elimina el desequilibrio económico del beneficiario de la pensión.

La extinción del derecho a la pensión*" por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona"* opera de forma automática, sin necesidad de que el nuevo vínculo matrimonial produzca

[12] STS 369/2020 Sala 1ª, de 29 de junio de 2020.

[13] REYES LÓPEZ, La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria (2026). Actualidad jurídica Iberoamericana, 2, 477-488.

[14] STS 133/2014, de 17 marzo 2014.

[15] STS 59/2022, de 31 enero 2022.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

efectivamente la mejora económica del acreedor, pues el legislador considera que el nuevo matrimonio genera una nueva situación familiar que debe resolver por sí misma los problemas económicos del cónyuge.

Es importante resaltar que en el mes de abril de 2026 el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite una cuestión sobre la inconstitucionalidad de este precepto del Código Civil, y procederá a analizar si vulnera el artículo 10.1 de la Constitución Española, que garantiza el libre desarrollo de la personalidad, así como el artículo 14, que prohíbe la discriminación. La resolución de dicha cuestión de inconstitucionalidad podría reconfigurar el régimen jurídico de la pensión compensatoria.

3. La convivencia more uxorio como causa de extinción

Una de las cuestiones más debatidas en la jurisprudencia es si la convivencia del acreedor con una nueva pareja sin contraer matrimonio constituye causa de extinción de la pensión. El artículo 101 CC se refiere literalmente a "vivir maritalmente con otra persona", lo que plantea la duda de si incluye la unión de hecho.

El Tribunal Supremo ha respondido afirmativamente a esta cuestión, considerando que la convivencia “more uxorio” con una nueva pareja extingue la pensión compensatoria cuando dicha convivencia tiene la estabilidad y características propias de la vida en común matrimonial. La mera relación sentimental esporádica o sin convivencia estable no tiene este efecto extintivo.

4. Fallecimiento del deudor

En caso de fallecimiento del deudor se aplica el art. 101 CC, que expresamente establece que el derecho a la pensión compensatoria “no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor”. La aplicación jurisprudencial de este artículo es pacífica: la pensión se configura como un crédito del cónyuge acreedor frente al patrimonio del causante, que pasa a ser deuda de la herencia y, por tanto, se transmite a los herederos, sin perjuicio de que estos puedan instar su modificación o extinción judicial.

La Sala Primera ha subrayado que la obligación, aunque de origen personalísimo, se integra en el pasivo hereditario y sólo cesa si concurre alguna de las causas legales del art. 101 CC o si, al amparo de su párrafo segundo, los herederos obtienen una resolución que la reduzca o suprima si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

VII. RENUNCIA Y ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES

1. La renuncia anticipada a la pensión compensatoria

Los cónyuges pueden acordar en convenio regulador la renuncia a la pensión compensatoria. El Tribunal Supremo ha admitido la validez de la renuncia anticipada, si bien ha establecido límites a esta posibilidad, para evitar situaciones de abuso o de lesión grave de los intereses de los cónyuges más débiles.

La renuncia debe ser libre e informada, sin que concurran vicios del consentimiento. Si se demuestra que la renuncia fue obtenida mediante presión o error, puede ser impugnada. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha señalado que la renuncia pactada antes de la ruptura vincula a los cónyuges, aunque las circunstancias

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

hayan cambiado, salvo que el cambio sea tan radical que haga absolutamente inequitativa la aplicación del pacto.

2. Los convenios reguladores y su control judicial

Los acuerdos sobre pensión compensatoria alcanzados por los cónyuges durante un proceso de separación o divorcio están sujetos a control judicial. El artículo 90 CC exige que el convenio regulador no sea dañoso para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, y autoriza al juez a no aprobarlo si no cumple dichas condiciones.

Con independencia de este control judicial, el principio fundamental es preservar la autonomía de la voluntad de los cónyuges. El juez no puede sustituir el acuerdo libremente alcanzado por las partes por otro que considere más equitativo, pero sí puede denegar su aprobación cuando el acuerdo causa un perjuicio grave y manifiesto a uno de los cónyuges, especialmente cuando existan indicios de que el consentimiento no fue prestado libremente.

VIII. CONCLUSIONES

1º. La pensión compensatoria tiene naturaleza estrictamente reequilibradora, no alimenticia ni indemnizatoria. Su fundamento reside en el principio de solidaridad postconyugal y en la necesidad de remediar el desequilibrio económico causado por la ruptura matrimonial.

2º. El presupuesto esencial para el reconocimiento de la pensión compensatoria es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges en el momento de la ruptura, que sea consecuencia de las circunstancias del matrimonio.

3º. La cuantificación de la pensión debe realizarse tomando en consideración los criterios del artículo 97 CC, en particular la duración del matrimonio, la edad y estado de salud del beneficiario, su cualificación profesional, las posibilidades de inserción laboral y la capacidad económica del obligado al pago, debiendo ser objeto de valoración conjunta y ponderada en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

4º. Tras la reforma de 2005, la pensión puede fijarse con carácter temporal o indefinido. La temporalidad procede cuando existen perspectivas razonables de que el desequilibrio pueda superarse en un período determinado; por su parte, la indefinición es adecuada cuando las circunstancias del caso hacen improbable la superación del desequilibrio.

5º. La pensión puede modificarse o extinguirse cuando se produzcan alteraciones sustanciales de las circunstancias que motivaron su establecimiento. La convivencia more uxorio estable con una nueva pareja constituye causa de extinción, equiparada por la jurisprudencia al nuevo matrimonio.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

6º. El acceso del deudor a la situación de jubilación puede constituir causa habilitante para instar la modificación de la pensión compensatoria al amparo del artículo 100 CC, si bien la procedencia de dicha modificación queda condicionada a la acreditación de una variación patrimonial sustancial, estable y objetivamente verificable respecto de la capacidad contributiva preexistente.

7º. La reducción voluntaria de ingresos por parte del obligado al pago no constituye, por sí sola, alteración sustancial de circunstancias en los términos exigidos por el artículo 100 CC, siendo exigible la acreditación de que la disminución económica es de carácter involuntario, significativo y no artificialmente provocado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la obligación

8º. La admisión a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, en abril de 2026, de una cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 101 CC, por eventual vulneración de los artículos 10.1 y 14 de la Constitución Española, puede determinar una reconfiguración sustancial de esta figura.

9º. La autonomía de la voluntad de los cónyuges en materia de pensión compensatoria, si bien constituye el principio rector del convenio regulador, se halla sometida a un control judicial de legalidad y equidad conforme al artículo 90 CC, facultando al órgano jurisdiccional para denegar su aprobación cuando el acuerdo resulte gravemente lesivo para alguno de los cónyuges o cuando existan indicios de que el consentimiento no fue prestado de forma libre.

IX. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

GARCÍA MAYO/GÓMEZ VALENZUELA/DE VERDA Y BEAMONTE, La pensión compensatoria por separación o divorcio, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2023.

REYES LÓPEZ, La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la pensión compensatoria (2026). Actualidad jurídica Iberoamericana, 2, 477-488.

STS 133/2014 Sala 1ª, de 17 marzo 2014.

STS 369/2020 Sala 1ª, de 29 junio 2020.

STS 59/2022 Sala 1ª, de 31 enero 2022.

STS 185/2022 Sala 1ª, de 3 marzo 2022.

STS 3482/2022 Sala 1ª, de 26 septiembre 2022.

STS 1593/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.

STS 6101/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.

STS 6107/2024 Sala 1ª, de 28 de noviembre de 2024.

STS 1634/2025 Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2025.

STS 5252/2025 Sala 1ª, de 24 de noviembre de 2025.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS REFERENCIADOS AL IRPH: DOCTRINA Y PROTOCOLO DECISIONAL TRAS LAS SSTS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2025

Gustavo Antonio Ruiz Alonso

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla

SUMARIO: *I. Introducción. II. El IRPH: naturaleza y diferencias estructurales con el Euribor. III. La evolución jurisprudencial. 1. Primera fase (2017-2020): el TS descarta el control de transparencia. 2. Segunda fase (2020-2023): la STJUE de 3 de marzo de 2020 y la apertura del control de abusividad. 3. Tercera fase (2023-2025): las STJUE de julio de 2023 y diciembre de 2024, y la respuesta del TS. IV. La doctrina consolidada del Tribunal Supremo tras noviembre de 2025. 1. El control de incorporación. 2. El control de transparencia: elementos determinantes. 3. El juicio de abusividad: metodología y criterios de comparación. 4. Consecuencias: nulidad e integración del contrato. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia citada*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de los préstamos hipotecarios referenciados al Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (en adelante, IRPH) ha sido una de las materias que más litigios ha generado en España. En efecto, como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria y crediticia previa a la crisis de 2008 los Tribunales nacionales han recibido una avalancha de demandas en asuntos relacionados con la abusividad de cláusulas predispuestas en contratos financieros, entre los que se encuentra el relacionado con esta modalidad[1].

Desde que la litigiosidad comenzó a aflorar, los tribunales nacionales han sostenido posiciones dispares y el TJUE ha intervenido en varias ocasiones, lo que ha obligado al TS a revisar su propia doctrina más de una vez.

Las recientes sentencias de la Sala Primera del TS 1590/2025 y 1591/2025, ambas de 11 de noviembre de 2025, han supuesto el intento más elaborado que el TS ha hecho hasta la fecha con el objetivo de fijar una doctrina sistemática sobre la materia. La STS 1590/2025 establece el catálogo de parámetros del control de transparencia, mientras que la STS 1591/2025 aporta los criterios del juicio de abusividad, de modo que la lectura conjunta de ambas puede decirse que ofrece un protocolo decisional completo[2]. Y lo hace después de asumir la doctrina sentada por el TJUE en sus sentencias de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (asunto C-300/23) que, a su vez, habían revisado y precisado la anterior de 3 de marzo de

[1] *Vid.* NAZÁBAL BARANDA, R.: "Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 1605.

[2] STS 1590/2025, Civil (Pleno), de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:4876); STS 1591/2025, Civil (Pleno), de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:4838).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

2020 (asunto C-125/18). A ellas se suma la reciente STS 1948/2025, de 23 de diciembre, que aplica la doctrina del Pleno, así como otras sentencias de comienzos de 2026 que consolidan el *iter* decisional[3].

Este artículo pretende tres cosas: (i) ofrecer una comprensión técnica del IRPH que permita entender el origen del debate y por qué no se trata de una cuestión meramente formal; (ii) trazar la evolución jurisprudencial y explicar por qué cada vez que ha intervenido el TJUE ha obligado al TS a realizar importantes cambios en su doctrina; (iii) por último, proporcionar parámetros prácticos que sirvan de guía para afrontar estos litigios.

II. NATURALEZA DEL IRPH Y DIFERENCIAS CON EL EURIBOR

La generalización del préstamo hipotecario a tipo variable en España durante los años noventa provocó que los bancos y cajas de ahorros que se financiaban en mercados donde los costes fluctuaban necesitaran trasladar esa variabilidad al prestatario para proteger, así, el margen de intermediación de las entidades. El tipo variable requería, no obstante, de referencias que fueran objetivas y pudieran verificarse, y de esta forma no quedar al arbitrio de la entidad prestamista —lo que habría sido nulo—, ni ser tan compleja que resultara inaccesible para el consumidor.

España optó por un sistema de índices oficiales cuya elaboración y publicación correspondía al Banco de España, regulados primero por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, y desarrollados después por la Circular 5/1994, de 22 de julio. Surgen así el MIBOR (que posteriormente se transformó en Euribor) y los índices IRPH.

De una parte, respecto del Euribor se debe precisar que es una referencia que mide el tipo medio al que las grandes entidades bancarias europeas se prestan entre sí en el mercado interbancario, y que no se introdujo como índice oficial de referencia hipotecaria en España hasta 2000, con la incorporación de España a la zona euro.

De otra parte, respecto al IRPH hay que señalar que en su origen existió en tres modalidades: el IRPH Bancos, el IRPH Cajas y el IRPH Entidades[4], que compartían la misma metodología de cálculo, pero diferían en el conjunto de operaciones tomado como base[5].

[3] SSTS 1948/2025, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:6099); 161/2026, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:423); y 18/2026, Civil, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2026:73).

[4] La definición técnica de los tres índices se contenía en el Anexo VIII de la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España (BOE de 3 de agosto de 1994). Téngase en cuenta que el IRPH Cajas y el IRPH Bancos fueron suprimidos en 2013 mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Además, los contratos que los referenciaban preveían habitualmente un índice sustitutivo que, en muchos casos era el IRPH Entidades. Este último subsiste hoy, aunque con un uso muy reducido desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

[5] El IRPH Bancos era la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo hipotecario a plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, iniciadas o renovadas por los bancos durante el mes de referencia. El IRPH Cajas realizaba el mismo cálculo, pero tomando como universo las cajas de ahorros. El IRPH Entidades - el más utilizado en la contratación más reciente - integraba el conjunto de bancos, cajas de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Los tipos medios que conformaban el IRPH eran tipos anuales equivalentes (TAE), no tipos nominales (TIN). Esto significa que el valor del índice ya incorporaba, además del tipo nominal, las comisiones y gastos asociados a las operaciones tomadas en su cálculo, es decir, lo que en un préstamo referenciado al Euribor se suma aparte. La consecuencia estructural es que, a igualdad de diferencial positivo, el tipo de interés resultante de aplicar el IRPH tendía a ser más elevado que el resultante de aplicar el Euribor[6].

De ahí que la comparación directa entre los valores numéricos de ambos índices sea metodológicamente incorrecta: se estarían cotejando magnitudes heterogéneas, integradas por elementos de distinta naturaleza. El IRPH refleja un coste efectivo que ya incluye comisiones y gastos; el Euribor, únicamente el tipo nominal interbancario.

Si se desciende al ámbito práctico de la relación entre la entidad y el consumidor, la consecuencia de esa distinta composición se comprende con claridad, puesto que la entidad financiera, conocedora de que el IRPH ya incorporaba en su valor los gastos y comisiones de las operaciones que lo componían, podía ofrecer al consumidor un diferencial aparentemente bajo sobre ese índice y presentarlo, sin más, como una ventaja competitiva frente a otras ofertas del mercado.

El consumidor, que carecía de los elementos técnicos para advertir que estaba comparando magnitudes de distinta naturaleza, solo cotejaba los diferenciales - el único dato cierto que estaba a su alcance - y concluía que la oferta referenciada al IRPH era la más favorable, cuando en realidad el coste efectivo del préstamo era más elevado. De este modo, incluso actuando con la diligencia razonable que cabía exigirle, el consumidor se limitaba a comparar los valores que ambos índices arrojaban en el BOE, sin advertir que esa comparación metodológicamente no era válida.

En tales condiciones, era la entidad financiera quien se beneficiaba de la opacidad de la composición del índice, porque el consumidor no disponía de los elementos necesarios para realizar una comparación correcta y adoptar una decisión de endeudamiento verdaderamente informada. De este modo, ese perjuicio está presente en el mismo momento de la contratación, y se desprende directamente de la estructura del índice y no de su comportamiento posterior [7].

La evolución histórica ha confirmado las consecuencias, porque, aunque hasta noviembre de 2008 el IRPH Cajas y el Euribor mantenían diferencias inferiores a un punto porcentual[8], desde entonces, estas se ampliaron

ahorros y sociedades de crédito hipotecario

[6] La propia Circular 5/1994 recogía en su preámbulo que los índices IRPH, al calcularse sobre TAE, implicarían situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado, y que para igualar ambas TAE sería necesario aplicar un diferencial negativo. *Vid.* ALAMAR CASARES, M.J.: "La tormenta del IRPH y el naufragio de los consumidores a la espera de la calma", *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022, p. 369.

[7] NAZÁBAL BARANDA, R.: "Evolución del tratamiento jurisprudencial…", *cit*, p. 1609.

[8] STS 595/2020, Civil (Pleno), de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613), FJ 6.º

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de forma continua dado que mientras el Euribor cayó hacia cero e incluso a negativo, el IRPH Entidades se mantuvo en niveles muy superiores, provocando un gran perjuicio económico para los prestatarios que habían contratado con ese índice.

III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Primera fase (2017-2020): el TS descarta el control de transparencia

La STS 669/2017, de 14 de diciembre, fue la primera sentencia del Pleno de la Sala Primera que abordó de forma directa la cuestión del IRPH[9]. Su tesis central se basaba en que el IRPH Entidades superaba sin dificultad el control de transparencia dado que era un índice que se encontraba definido y regulado legalmente y, además, se publicaba en el BOE de forma periódica. Esto es, para el TS el IRPH era un índice cuya definición se encontraba completa en la Circular 5/1994 y su publicación en el BOE bastaba para entender que cualquier consumidor razonablemente atento podía conocer su contenido.

La sentencia rechazó también que el control de transparencia exigiera que la entidad ofreciera al consumidor la opción de contratar con otros índices (como el Euribor) porque esa exigencia supondría imponer a las entidades una carga adicional que la normativa no establecía en el momento de la contratación y que solo podría evaluarse *ex post* en función de una evolución futura del índice que era imposible de predecir al contratar[10]. En aquella resolución la cláusula analizada tampoco fue sometida al examen del art. 1.2 de la Directiva 93/13, cuya excepción habría exigido verificar que la utilización del IRPH no era meramente facultativa para las partes[11].

Ahora bien, este enfoque restrictivo ya había sido superado desde la práctica judicial puesto que parte de la doctrina ya no discutía únicamente que el IRPH fuera un índice oficial y públicamente accesible, sino que descartaba que esa accesibilidad fuera suficiente para que el consumidor medio comprendiera su funcionamiento real y las consecuencias que tenían sobre el coste del préstamo[12].

Para esta posición lo determinante no era el filtro de incorporación - que la cláusula fuera gramaticalmente clara - sino el de transparencia material, que consistía en que el consumidor hubiera podido identificar la cláusula como elemento definitorio del objeto principal del contrato y conocer así el reparto real de riesgos de la variabilidad del tipo.

---

9 STS 669/2017, Civil (Pleno), de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4308).

10 SEGURA MOREIRAS, A., SUÁREZ PUGA, E. A.: "Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria", *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 518 y 522-524.

11 GARCÍA-MICÓ, T.G.: "Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH", *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 6-7.

12 SAP Madrid (Sección 13.ª), de 4 de mayo de 2017 (ROJ: SAP M 3818/2017). La tesis coincide con la que el magistrado ORDUÑA MORENO sostendría en su voto particular a la STS 669/2017.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En definitiva, el problema que presentaba la posición inicial del TS era que equiparaba la transparencia formal a la transparencia material[13]. Esto es, que la definición técnica del IRPH estuviera publicada en el BOE no garantizaba que el consumidor medio pudiera comprender las implicaciones económicas de haberlo elegido frente al Euribor porque, de otro modo, equivalía a obligar al consumidor a asumir la carga de *autoinformarse* sobre un dato técnico - la naturaleza TAE del índice - que era muy difícil extraer de la simple lectura del BOE sin conocimientos financieros específicos[14].

Conviene precisar, con todo, que la STS 669/2017 no excluyó el control de transparencia de la cláusula dado que en aquel caso sometió esa cláusula a dicho control y concluyó que lo superaba. Lo que quedó fuera del control judicial fue el índice en sí mismo considerado como norma reglamentaria, cuya supervisión corresponde a la Administración[15].

2. Segunda fase (2020-2023): la STJUE de 3 de marzo de 2020 y la apertura del control de abusividad

La STJUE de 3 de marzo de 2020 cambió el marco del análisis al declarar que la cláusula de interés variable referenciada al IRPH no estaba excluida del control de la Directiva 93/13 por el mero hecho de que el índice estuviera definido mediante un acto administrativo[16]. Además, estableció un criterio de transparencia que iba más allá de la mera accesibilidad del índice porque exigió que el consumidor comprendiera el funcionamiento concreto de la fórmula de cálculo y, en particular, debía haber recibido información sobre la evolución pasada del índice durante al menos los dos últimos años.

Esta resolución obligó al TS a replantear su doctrina, y lo hizo mediante la STS 595/2020, de 12 de noviembre[17]. A partir de esta sentencia, cuando el juez constatara la existencia de la falta de transparencia debía dar un segundo paso y someter la cláusula al control de abusividad. Ahora bien, la falta de transparencia no equivalía sin más a abusividad, sino que operaba como un indicio relevante que el juez debía valorar posteriormente. Esto es, el juzgador debería realizar un juicio de contenido atendiendo a si la cláusula causaba

---

13 PALAZÓN GARRIDO, M.L.: "¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios?", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4, 2023, pp. 213-214; SOLER SAMPER, C.: "Transparencia de la cláusula sobre el índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH)", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020, p. 30.

14 CÁMARA LAPUENTE, S.: "IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca "normas". Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina Civil y Mercantil*, Vol. 9, 2017, pp. 211-234. *Vid.* en el mismo sentido CASTILLO MARTÍNEZ, C.: "Consideraciones sobre la cláusula IRPH a la luz de sus antecedentes y de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, 2021, pp. 521-522; y ALAMAR CASARES, M.J.: "La tormenta del IRPH…", *cit.*, p. 373.

15 AGÜERO ORTIZ, A.: "El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos. El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020", *InDret*, núm. 4, 2020, pp. 61-62.

16 STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, C-125/18, Gómez del Moral Guasch. *Vid*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.: "Consideraciones sobre la cláusula IRPH", *cit.*, pp. 507-508.

17 STS 595/2020, Civil (Pleno), de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, referido a los tipos de interés de mercado aplicados en la fecha de celebración del contrato para préstamos equivalentes.

La sentencia de 2020 planteó además importantes problemas procesales. El primero, el alcance de la cosa juzgada sobre las sentencias firmes dictadas al amparo de la STS 669/2017 sin análisis de abusividad. El segundo, la facultad del juez nacional para sustituir el índice nulo por un índice legal cuando la supresión pura impidiera la subsistencia del contrato[18]. Tercero, rechazó también que la nulidad de la cláusula IRPH debiera dar lugar a la sustitución automática por el Euribor, puesto que la integración con este índice solo procedería si la supresión pura dejaba al contrato sin posibilidad de subsistir, conforme a la doctrina del TJUE en el asunto *Kásler* y posteriores.

3. Tercera fase (2023-2025): las STJUE de julio de 2023 y diciembre de 2024, y la respuesta del TS

La STJUE de 13 de julio de 2023[19] introdujo un elemento nuevo al establecer que el requisito de transparencia se cumple cuando el contrato incluya la definición completa del índice - referenciando a la disposición administrativa que lo establece - y esa disposición sea de acceso público, incluso si no se facilitó expresamente información comparativa sobre la evolución histórica del índice frente a otros. Pero añadió inmediatamente una condición: que el juez nacional pueda verificar, atendiendo a las circunstancias del caso, que la información era suficiente para que el consumidor pudiera comprender el alcance económico de su compromiso.

La recepción doctrinal no fue uniforme. Un sector de la doctrina puso de manifiesto que el fallo descansaba sobre una premisa incorrecta, pues el órgano remitente había presentado las Circulares 8/1990 y 5/1994 como instrumentos normativos distintos cuando en realidad la segunda modificó a la primera. Además, se advirtió que el preámbulo de la Circular 5/1994 carece de valor normativo conforme a la doctrina constitucional consolidada, de modo que la información sobre la naturaleza TAE del IRPH no podía extraerse de un pasaje al que el ordenamiento no reconoce fuerza vinculante[20].

Poco después, la STJUE de 12 de diciembre de 2024[21] vino a completar y precisar la anterior, cerrando algunas de las dudas interpretativas que habían quedado abiertas. En lo esencial, reafirmó que el parámetro determinante para el juicio de abusividad no es la comparación entre los valores numéricos de ambos índices, sino la comparación entre el coste efectivo real del préstamo referenciado al IRPH y el coste efectivo real de un préstamo equivalente en el mercado. Para realizar esa comparación, el TJUE identificó dos fuentes

[18] SOLER SAMPER, C.: "Transparencia de la cláusula…", *cit.*, pp. 32-35.
[19] STJUE (Sala Primera) de 13 de julio de 2023, C-265/22, Caixabank.
[20] AGÜERO ORTIZ, A.: "*No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023*", *Revista de Derecho de Consumo (CESCO)*, núm. 47, 2023, pp. 57-74.
[21] STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2024, C-300/23.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

concretas de datos: las estadísticas del INE sobre tipos medios de hipotecas y los tipos publicados por el Banco de España.

Las STS 1590/2025 y 1591/2025, de 11 de noviembre, dictadas ambas por el Pleno de la Sala Primera, son la respuesta del TS a esta doctrina establecida por el TJUE. Además, su importancia reside en que, por primera vez, el TS ofrece un protocolo decisional detallado y sistematizado para el enjuiciamiento de las cláusulas IRPH.

IV. LA DOCTRINA DEL TS TRAS LAS SENTENCIAS DE NOVIEMBRE DE 2025

1. El control de incorporación

El primer filtro que debe superar una cláusula de interés variable referenciada al IRPH es el control de incorporación regulado en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Esto es, la cláusula debe haber sido redactada de forma clara y comprensible y haber sido aceptada expresamente por el adherente.

En el contexto hipotecario, donde la intervención notarial es preceptiva, el control de incorporación suele superarse sin dificultad siempre que la cláusula aparezca en el contrato de manera accesible. Sin embargo, las sentencias del Pleno de 2025 recuerdan que el control de incorporación puede resultar negativo cuando la cláusula no contiene la definición del IRPH, cuando no remite a la norma reguladora, o cuando su ubicación en el contrato o su redacción hacen que sea difícilmente localizable[22].

La STS 161/2026, de 4 de febrero, que aplica la doctrina del Pleno en un supuesto de subrogación hipotecaria por comprador de vivienda, pone de relieve que también en los casos de subrogación la entidad financiera tiene el deber de suministrar al nuevo prestatario información suficiente, sin que pueda eludirse esa obligación alegando que fue el promotor-vendedor quien trasladó las condiciones del préstamo[23].

2. Elementos determinantes para realizar el control de transparencia

La doctrina consolidada en 2025 establece que el control de transparencia exige verificar si, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor disponía de información suficiente para comprender la carga económica real del préstamo. Ese control se proyecta sobre la cláusula de interés variable como elemento esencial del contrato que define su precio. No basta con que la cláusula sea gramaticalmente clara puesto que debe ser económicamente comprensible para el consumidor medio.

[22] STS 1590/2025, *cit.*, FJ 7.º; STS 1591/2025, *cit.*, FJ 6.º
[23] STS 161/2026, Civil, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:423), FJ 6.º

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Los elementos que el TS considera relevantes para este juicio, sistematizados a partir de las STS 1590/2025 y 1591/2025, son los siguientes:

El primer elemento que el TS valora es si la cláusula incluye o remite a la definición completa del IRPH conforme a la Circular 5/1994, incluyendo la mención expresa de que el índice se calcula como media de TAE. La omisión de esta característica se califica como una omisión informativa relevante, porque impide al consumidor comprender que el índice ya incorpora los gastos y comisiones de las operaciones que lo componen.

Junto a lo anterior, debe valorarse si se facilitó al consumidor, en la fase precontractual, información sobre la evolución del índice en los dos años anteriores y su comparación con al menos otro índice oficial. Si bien la Orden de 5 de mayo de 1994 no exigía esta información de forma expresa, el TJUE la señaló como un elemento relevante. No obstante, el TS ha precisado que su ausencia no determina automáticamente la falta de transparencia, pero sí constituye un indicio que el juez debe ponderar[24]. Conviene tener presente una precisión adicional que el TS introduce por primera vez en la STS 1590/2025: para que el consumidor pueda acceder al contenido normativo que define el IRPH, la cláusula debe remitir a la Circular 5/1994, y no exclusivamente a la Circular 8/1990. Ello se debe a que nunca se publicó en el BOE una versión consolidada de la Circular 8/1990 que incorporara las modificaciones introducidas por la Circular 5/1994.

Otro elemento que la Sala examina es la existencia y el contenido de la oferta vinculante. En caso de existir, la oferta vinculante debe identificar el índice de referencia y el diferencial aplicable y, a su vez, debe permitir al consumidor comparar esa propuesta con otras del mercado.

Particular atención merece la información sobre la advertencia del Banco de España en el preámbulo de la Circular 5/1994, en la que se señalaba que los índices IRPH, por incorporar TAE, requerían diferenciales negativos o muy bajos para resultar competitivos. Ahora bien, el TS precisa que la omisión de una referencia concreta al diferencial negativo resulta irrelevante cuando la información facilitada incluía la mención a la Circular 5/1994 y, en caso de existir un primer periodo a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese tramo, o se incluía cualquier otra referencia al concepto de TAE. La función del diferencial negativo en el control de transparencia es, por tanto, instrumental ya que su conocimiento sirve para que el consumidor medio comprenda la diferencia entre los índices que funcionan estructuralmente como una TAE y los que no.

Por último, el TS precisa que la transparencia debe evaluarse en función del conjunto de la información de que disponía el consumidor en el momento de la contratación, no solo de la que figuraba en el contrato. La existencia de un periodo inicial a tipo fijo cuya TAE era identificable, la disponibilidad pública del índice en el

[24] AGÜERO ORTIZ, A.: "El control de transparencia…", *cit.*, pp. 75-79.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

BOE, o el hecho de que el consumidor hubiera contratado previamente con otros índices, son todos elementos que deben tenerse en cuenta para ese juicio global[25].

3. El juicio de abusividad: metodología y criterios de comparación

Una vez determinado que no se supera el control de transparencia, se debe realizar el control de abusividad. Esta secuencia es de obligatorio cumplimiento dado que no podrá accederse al juicio de abusividad sin haber constatado previamente la falta de transparencia, ni tampoco puede declararse la nulidad de la cláusula por el mero hecho de que el índice resultará más caro que el Euribor, sin verificar previamente si la información precontractual era o no suficiente.

A estos efectos, el criterio decisivo, según la doctrina del TJUE asumida por el TS en 2025, consiste en tomar el tipo efectivo de los intereses ordinarios que resultaba de aplicar el IRPH al préstamo concreto y compararlo con el tipo efectivo que habría resultado de aplicar los métodos de cálculo habituales en el mercado a un préstamo de importe y duración equivalentes, celebrado en la misma fecha. Esta comparación no puede realizarse simplemente cotejando el valor numérico del IRPH con el del Euribor en la fecha de contratación, sino que exige poner frente a frente la TAE efectiva del préstamo referenciado al IRPH con la TAE media de los préstamos hipotecarios equivalentes en el mercado en esa misma fecha[26].

Para realizar esa comparación, el TS identifica varias fuentes a las que se puede acudir. Entre estas, en particular, señala las estadísticas publicadas por el INE sobre tipos de interés medios de las hipotecas durante el año de contratación, los tipos sintéticos publicados por el Banco de España y los datos históricos de diferenciales aplicados sobre el Euribor en operaciones equivalentes de la misma época.

A las anteriores fuentes deben añadirse dos cautelas metodológicas que el TS introduce en la STS 1591/2025 para evitar que el juicio de abusividad se convierta en un control de precios encubierto. La primera consiste en recordar que el diferencial negativo al que aludía el preámbulo de la Circular 5/1994 es conceptualmente distinto del diferencial positivo pactado en el contrato: aquel iría destinado a detraer de la TAE el coste de las comisiones para igualar el coste efectivo del préstamo con el interés medio del mercado, mientras que este es el margen con el que se incrementa el índice de referencia para determinar la remuneración del prestamista. La consecuencia práctica es importante porque la Circular 5/1994 nunca exigió que sobre el IRPH solo pudieran aplicarse diferenciales negativos.

La segunda cautela se refiere al alcance del propio juicio comparativo, dado que el hecho de que el tipo efectivo resultante de aplicar el IRPH más el diferencial sea numéricamente superior al tipo medio del mercado en la

[25] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: "Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 2019, pp. 368-384.
[26] AGÜERO ORTIZ, A.: "No debería haber cambios…", *cit.*, pp. 68-71.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

fecha de contratación no implica automáticamente la abusividad de la cláusula, ya que la desproporción debe ser muy evidente.

Esta exigencia de desproporción cualificada se justifica porque el diferencial aplicado en cada operación viene determinado por circunstancias propias (la solvencia del deudor, garantías concurrentes, plazo y cuantía, vinculación del cliente, productos asociados) que pueden justificar variaciones razonables respecto del tipo medio. Solo cuando exista un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor podrá apreciarse la abusividad, sin que el órgano judicial pueda sustituir el juicio de mercado por el suyo propio.

Conviene tener presente una precisión fundamental, y es que la comparación debe hacerse referida a la fecha de celebración del contrato, no a la evolución posterior del índice. En mi opinión, este es uno de los puntos más delicados del análisis porque el juicio de abusividad no es un juicio prospectivo, de modo que no puede fundarse en que el IRPH resultó más caro que el Euribor durante los años posteriores a la firma[27]. Ahora bien, sí puede fundarse en que, incluso en el momento de la firma, la TAE efectiva del préstamo era significativamente superior a la TAE media del mercado.

Si atendemos a los resultados concretos, las STS 1590/2025 y 1591/2025 alcanzan soluciones distintas en aplicación de este mismo marco. La primera desestima la demanda porque la cláusula superaba el control de transparencia. La segunda, que enjuicia un supuesto de IRPH Cajas con un diferencial del 0,25%, estima la falta de transparencia y realiza a continuación el juicio de abusividad. Para ello, compara el tipo resultante de sumar al IRPH Cajas el diferencial pactado (6,294%) con el tipo sintético publicado por el Banco de España para ese mismo mes (6,36% TAE) y con los tipos medios del INE para el año 2008 (5,27% en el conjunto de entidades). A la vista de esos datos, y teniendo en cuenta que el préstamo se contrató a un plazo de cuarenta años -superior a la media del mercado -, la Sala concluye que la cláusula no causa un desequilibrio importante al consumidor ni que la entidad obrara de mala fe, por lo que desestima igualmente el recurso[28].

Antes de abordar las consecuencias de la nulidad conviene detenerse en una precisión conceptual que el TS asume de la STJUE de 12 de diciembre de 2024. El hecho de que el IRPH se calcule a partir de las TAE de los préstamos que sirven para conformarlo no produce el efecto de transformar el tipo de interés del préstamo enjuiciado en una TAE desglosable en sus elementos constitutivos.

Esto es, no cabe entender que el IRPH pueda escindirse, por una parte, en un tipo de interés ordinario propiamente dicho y, por otra, en los diferenciales, comisiones y gastos que se incorporaron a las operaciones

[27] SANDE MAYO, M.J.: "Las cuestiones no resueltas en torno al IRPH: transparencia, abusividad, e integración", *Revista de derecho UNED*, núm. 31, 2023, pp. 314-315.
[28] STS 1591/2025, cit., FJ 8.º y 9.º

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que sirvieron para su cálculo, porque la función del IRPH como índice de referencia es exclusivamente establecer un método de cálculo contractual del tipo de interés remuneratorio, sin que su mecánica interna altere la naturaleza estructural del tipo aplicado al préstamo concreto.

La consecuencia de esta premisa es que la circunstancia de que en las TAE de los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos del IRPH puedan figurar elementos derivados de cláusulas que se revelen *a posteriori* abusivas no afecta retroactivamente a la validez de la cláusula que en otro contrato distinto se remite a ese índice. El TS, siguiendo al TJUE, descarta así una vía de impugnación que parte de la doctrina había planteado, basada en cuestionar el carácter de referencia oficial del IRPH por la presencia de cláusulas abusivas en los préstamos que lo conformaron.

4. Consecuencias: nulidad e integración del contrato

Cuando el juicio de abusividad arroja un resultado positivo, la consecuencia es la nulidad parcial de la cláusula de interés variable. El problema surge en el paso siguiente, porque la supresión de esa cláusula puede dejar al contrato sin tipo de interés remuneratorio y, por tanto, sin posibilidad de subsistir. En mi opinión, es aquí donde el esquema decisional se vuelve más complejo puesto que el juzgador entonces debe determinar si procede integrar el contrato con una norma supletoria del derecho nacional, opción que la doctrina del TJUE solo admite cuando la supresión pura perjudicaría al propio consumidor al provocar la resolución del contrato en términos más gravosos. De ser así, la norma supletoria aplicable sería el art. 1108 CC - interés legal del dinero - o, en su caso, el índice sustitutivo que establezca la norma regulatoria vigente.

Una posición doctrinal alternativa apunta la posibilidad de escindir la cláusula en sus elementos constitutivos y suprimir únicamente los que adolecen del déficit de transparencia, manteniendo el diferencial si este fue objeto de negociación individual. Esta lectura encontraría apoyo en el art. 82.2 TRLGDCU, que reconoce la autonomía de los distintos elementos de una misma cláusula, y resultaría coherente con la jurisprudencia del TJUE en materia de intereses de demora, donde ha admitido la fragmentación identificando el interés remuneratorio como base y el incremento sobre él como elemento abusivo. La ventaja reside en su compatibilidad con el efecto disuasorio que la Directiva 93/13 exige, pues la sustitución del IRPH por otro índice no genera el desincentivo necesario para el predisponente[29].

V. CONCLUSIONES

El IRPH no es un índice ilícito, ni su empleo como referencia hipotecaria constituye en sí mismo una irregularidad. Sin embargo, tradicionalmente fue un índice cuya estructura era distinta a la del Euribor y en la práctica resultó más caro para el consumidor que lo contrataba con un diferencial positivo, y esa característica

[29] SANDE MAYO, M.J.: "Las cuestiones no resueltas…", *cit.,* pp. 316-318.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

pocas veces fue explicada de forma adecuada por las entidades financieras, circunstancia que generó el problema que posteriormente se ha trasladado a los tribunales de justicia.

La evolución jurisprudencial desde 2017 refleja la dificultad de encajar este producto financiero - regulado, público, no manipulado - dentro del marco de la Directiva 93/13, que fue un instrumento normativo diseñado principalmente para combatir cláusulas opacas o engañosas, no para enjuiciar índices oficiales y públicos cuyo déficit radica en la falta de información sobre su funcionamiento real.

Por su parte, el TS en noviembre de 2025 ha hecho un importante esfuerzo de sistematización, ya que de la lectura de sus resoluciones se desprende con claridad la secuencia decisional que debe seguirse en estos casos. Esto es: (i) control de incorporación; (ii) control de transparencia (evaluado globalmente); y, solo si la transparencia falla, juicio de abusividad mediante comparación del coste efectivo real del préstamo con el mercado en la fecha de contratación. Esta secuencia es la única compatible con la Directiva 93/13 y, a mi juicio, es la que el TS ha querido fijar como parámetro vinculante para que los órganos de instancia sigan con rigor.

En definitiva, para el operador jurídico que hoy se enfrenta a uno de estos litigios, las pautas que se extraen de esta doctrina pueden resumirse en cuatro ideas. Primera, no existe una respuesta automática, y cada caso debe analizarse en función de las circunstancias concretas de información precontractual y contractual. Segunda, el juicio de transparencia es global y no puede reducirse a la comprobación de requisitos formales. Tercera, el juicio de abusividad exige comparación económica real, y sin datos de mercado en el expediente no puede realizarse. Cuarta, las consecuencias de la nulidad deben seguir estrictamente la doctrina del TJUE y del TS sobre integración del contrato, sin automatismos a favor del Euribor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: "El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos. El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020", *InDret*, núm. 4, 2020.

AGÜERO ORTIZ, A.: "No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023", *Revista de Derecho de Consumo (CESCO)*, núm. 47, 2023.

ALAMAR CASARES, M. J.: "La tormenta del IRPH y el naufragio de los consumidores a la espera de la calma", *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 4, 2022.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca "normas". Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina Civil y Mercantil*, Vol. 9, 2017.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: "Consideraciones sobre la cláusula IRPH a la luz de sus antecedentes y de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 31, enero 2021.

GARCÍA MICÓ, T. G.: "Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH", *InDret*, núm. 4, 2019.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: "Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 2019.

NAZÁBAL BARANDA, R.: "Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022.

PALAZÓN GARRIDO, M. L.: "¿Existe un estatuto del consumidor vulnerable tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios?", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 4, 2023.

SANDE MAYO, M. J.: "Las cuestiones no resueltas en torno al IRPH: transparencia, abusividad e integración", *Revista de Derecho UNED*, núm. 31, 2023.

SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ PUGA, E. A.: "Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria", *InDret*, núm. 3, 2020.

SOLER SAMPER, C.: "Transparencia de la cláusula sobre el índice de referencia de los préstamos hipotecarios (irph)", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 14, 2020.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

STS 669/2017, Civil (Pleno), de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4308).

STS 595/2020, Civil (Pleno), de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613).

STS 1590/2025, Civil (Pleno), de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:4876).

STS 1591/2025, Civil (Pleno), de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2025:4838).

STS 1948/2025, Civil, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:6099).

STS 18/2026, Civil, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2026:73).

STS 161/2026, Civil, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:423).

STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, C-125/18, Gómez del Moral Guasch.

STJUE (Sala Primera) de 13 de julio de 2023, C-265/22, Caixabank.

STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2024, C-300/23.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LAS CRISIS FAMILIARES: REFORMA ESTATAL Y PROBLEMÁTICA DE SU INTEGRACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

Estela Torres Plaza

Abogada. Presidenta de la Comisión de Derecho de los Animales del Ilustre Colegio de la Abogacía de Lleida

SUMARIO: *I. Introducción. II. El nuevo estatuto jurídico introducido por la ley 17/2021 como punto de partida para otras reformas del ordenamiento jurídico en materia de protección animal. III. Las medidas relativas a animales de compañía en las crisis matrimoniales y el principio dispositivo o de aportación de parte. IV. Aplicabilidad de la normativa para crisis matrimoniales a las parejas de hecho: límites de la extensión analógica del régimen matrimonial. V. La problemática catalana: territorialidad, laguna normativa y jurisprudencia reciente. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, ha supuesto un cambio trascendental en el estatuto jurídico de los animales al incorporar el artículo 333 bis al Código Civil. Dicho precepto establece expresamente que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad y que únicamente les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que resulte compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección[1].

La reforma operada por la Ley 17/2021 supone un progresivo abandono de la concepción clásica de los animales como meros objetos patrimoniales sometidos íntegramente al régimen jurídico de las cosas, concepción que hunde sus raíces en el Derecho romano y que ha influido históricamente en la configuración de la institución de la propiedad en los ordenamientos civiles continentales. Este nuevo paradigma ha tenido una especial incidencia en el ámbito de las crisis familiares y convivenciales. La ruptura matrimonial o de pareja ya no plantea únicamente conflictos patrimoniales relativos a la titularidad del animal de compañía, sino también cuestiones vinculadas a su bienestar, cuidado, convivencia, régimen de estancia y distribución de gastos.

En el ámbito estatal, la Ley 17/2021 incorporó relevantes modificaciones en el Código Civil español (en adelante CCE) que, en derecho de familia, afectan a los artículos 90, 91, 94 bis, 103 y 404 del CCE y al 771, 774.4 y 605 Ley de enjuiciamiento civil, (en adelante LEC).

[1] Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El artículo 90 CCE exige que el convenio regulador prevea el destino de los animales de compañía, los tiempos de convivencia y el reparto de las cargas asociadas, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal; el 91 CCE dispone que, en defecto de acuerdo o de aprobación del convenio, el juez fijará dicho destino en la resolución de nulidad, separación o divorcio o en su ejecución; el nuevo 94 bis CCE establece que la autoridad judicial confiará el cuidado del animal a uno o ambos cónyuges y fijará el régimen de relación del otro y el reparto de cargas, con independencia de la titularidad dominical y atendiendo al interés de la familia y al bienestar del animal; y el 103 CCE permite, ya en medidas provisionales, acordar a quién se confían los animales y las medidas para conservar el derecho de cada parte. El artículo 404 CCE, que en sus párrafos segundo y tercero regula la división de la cosa común prohíbe la venta del animal sin unanimidad y atribuyendo a la autoridad judicial, en defecto de acuerdo, la decisión sobre su destino atendiendo a su bienestar, pudiendo establecer un reparto de tiempos de convivencia.

En coherencia, se modifican también los artículos 771 y 774 LEC, de forma que en las medidas provisionales previas y en las definitivas el tribunal deba pronunciarse sobre la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía junto con el resto de las medidas familiares, así como el artículo 605 LEC, que incluye a los animales de compañía entre los bienes absolutamente inembargables.

Sin embargo, el Derecho civil catalán no ha incorporado una regulación específica equivalente, circunstancia que ha generado importantes tensiones interpretativas y respuestas jurisprudenciales de las diferentes Audiencias Provinciales Catalanas.

La cuestión adquiere especial complejidad en Cataluña, donde confluyen el principio de territorialidad del Derecho civil catalán **111-3 del Código Civil Catalán (en adelante CCC**), con la ausencia de regulación específica en materia de animales de compañía en las crisis familiares y la progresiva consolidación jurisprudencial del bienestar animal como criterio interpretativo y de ponderación.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la incidencia de las normas introducidas por la reforma en las crisis de pareja y su proyección en el Derecho civil catalán, diferenciando y examinando los principales problemas sustantivos y procesales que actualmente plantea esta materia.

II. DE LA IMPORTANCIA DEL NUEVO ESTATUTO JURÍDICO INTRODUCIDO POR LA LEY 17/2021, COMO PUNTO DE PARTIDA PARA OTRAS REFORMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN MATERIA DE PROTECCIÓN ANIMAL

Tras la modificación del Código Civil, el legislador ha tratado de armonizar el resto del ordenamiento con este nuevo estatuto, en un claro avance hacia la consciencia social actual, especialmente en los planos administrativo y penal. En el ámbito administrativo, la Ley 7/2023 de protección de los derechos y el bienestar de los animales refuerza los deberes de tenencia responsable y los mecanismos de control y sanción, a pesar de encontrarnos en el momento actual pendientes del reglamento que deberá desarrollarla. En el terreno

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

penal, la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, lleva a cabo una reforma profunda del régimen de maltrato animal. Entre otros aspectos, el nuevo art. 340 bis eleva las penas de prisión e introduce, entre otras agravantes, una agravante específica cuando el maltrato se utiliza como medio para causar un menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada por una relación de afectividad análoga.

En Cataluña, aunque no existe una reforma equivalente a la introducida por la Ley 17/2021, el **artículo 511-1.3 CCCat** ya establecía con anterioridad que los animales no se consideran cosas y que únicamente les serán aplicables las reglas de los bienes en aquello que permita su naturaleza. Asimismo, el **Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales**, configuró un sistema de protección administrativa orientado a garantizar el bienestar animal y protegerlos frente al maltrato y abandono. No obstante, la ausencia de una regulación específica catalana en el ámbito de las crisis familiares ha generado importantes dudas interpretativas respecto de la posibilidad de aplicar, de forma directa o indirecta, los criterios del artículo 94 bis CC.

El nuevo estatuto del animal exige revisar los criterios con los que se resuelven los conflictos familiares: ya no basta con atender a quién figura como propietario, sino que la decisión debe construirse a partir de la creación de un nuevo principio informador del derecho, el bienestar del animal.

III. LAS MEDIDAS RELATIVAS A ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LAS CRISIS MATRIMONIALES Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO O DE APORTACIÓN DE PARTE

La Ley 17/2021 introdujo un auténtico sistema de medidas relativas a animales de compañía dentro de los procedimientos matrimoniales. La reforma afectó especialmente a los artículos 90, 91, 94 bis y 103 CC, permitiendo integrar dentro de los procedimientos de separación y divorcio cuestiones relativa a la convivencia con el animal, al reparto de tiempos, a las cargas derivadas de su cuidado, y a las medidas necesarias para garantizar su bienestar.

Especial relevancia adquiere el artículo 94 bis CC, que dispone que la autoridad judicial confiará el cuidado de los animales de compañía a uno o ambos cónyuges atendiendo tanto al interés de los miembros de la familia como al bienestar del animal.

No obstante, las cuestiones relativas a la convivencia, reparto de tiempos y cargas derivadas del cuidado del animal, según jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, no tienen naturaleza de orden público, a diferencia de lo que sucede con el régimen de guarda y custodia de menores. Rige, por tanto, el principio dispositivo, sin que el juez tenga la obligación de pronunciarse de oficio si las partes no han sometido expresamente la cuestión a su consideración.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En esta línea, **la STS (Sala 1.ª) 1015/2024, de 17 de julio**[2], declara que no es conforme al principio dispositivo introducir por primera vez en el acto de la vista, en un proceso de divorcio, una pretensión autónoma sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado de animales de compañía cuando dicha cuestión no se planteó al contestar a la demanda ni mediante reconvención. El Tribunal Supremo interpreta el art. 752 LEC en el sentido de que permite la incorporación tardía de hechos constitutivos, pero no la introducción extemporánea de nuevas pretensiones, y concluye que el órgano judicial no puede pronunciarse sobre el reparto de gastos de las mascotas si esa pretensión no formó parte del objeto del proceso, so pena de vulnerar las reglas de congruencia, la preclusión y el derecho de defensa de la parte contraria.

La misma sentencia establece, a través del fundamento de derecho séptimo, que la regulación sobre animales de compañía contiene elementos de orden público familiar o derecho necesario en cuanto al contenido de las medidas y al control judicial del bienestar animal, pero ello no elimina los principios estructurales del proceso civil - congruencia, contradicción, defensa y preclusión - respecto de la fijación del objeto litigioso.

IV. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA PARA CRISIS MATRIMONIALES A LAS PAREJAS DE HECHO: LÍMITES DE LA EXTENSIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL

Uno de los principales problemas interpretativos que ha suscitado la Ley 17/2021 se refiere a su incidencia en las parejas de hecho o convivencias *more uxorio*, en particular cuando existen hijos menores, pues desde el inicio de la reforma los operadores jurídicos se han planteado si las normas sobre distribución de la tenencia de los animales de compañía y reparto de gastos asociados a los animales, previstas para las crisis matrimoniales en el 94 bis, son de aplicación también en el marco de la disolución de las parejas estables.

Al respecto, podemos observar que en la exposición de motivos de la Ley 17/2021 no se contiene referencia alguna, ni expresa ni indirecta, a la aplicabilidad de la reforma a las parejas de hecho, pues el propio legislador sitúa las modificaciones en el marco de las **crisis matrimoniales**, encuadrándolas sistemáticamente en el **Capítulo IX, "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"** del Código Civil.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la doctrina constitucional venía ya antes de la reforma afirmando que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, lo que

[2] **La STS (Sala 1.ª) 1015/2024, de 17 de julio**: *En relación con estos procesos, la jurisprudencia de la sala ha venido conectando la ratio del art. 752 LEC con otras disposiciones, como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC), o la posibilidad de que el juez adopte medidas de oficio (para la protección de los menores, art. 158 CC). En este sentido, sentencias como las 808/2024, de 10 de junio, 379/2024,14 de marzo, 984/2023, de 20 de junio, o 899/2021, de 21 de diciembre, con cita de otra anteriores, declaran que manifestación del interés superior del menor constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de 14/5/26, 14:03 STS 1015/2024, 17 de Julio de 2024 justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

permite al legislador, dentro de su libertad de configuración, extraer consecuencias razonables de esa distinta situación de partida.

Así lo recuerda la STC 93/2013[3], de 23 de abril, que, a su vez, se remite a la línea ya marcada por las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre (FJ 3), 21/1991, de 14 de febrero (FJ 2) y 199/2004, de 15 de noviembre FJ4.

En el ámbito de las parejas de hecho sin hijos menores, **la STS (Sala 1.ª) 1015/2024**[4], de 17 de julio, ha precisado que el cauce procesal propio de las crisis matrimoniales y de los procedimientos de menores no resulta idóneo para articular pretensiones relativas a los animales de compañía. En dicha resolución, el Tribunal Supremo interpreta que el régimen de los arts. 90 y 91 CC, en conexión con la tramitación prevista en los arts. 769 y ss. LEC, está concebido para supuestos en los que el animal ha formado parte de la convivencia durante el matrimonio o, aun sin vínculo matrimonial, cuando la pareja tiene hijos menores en común. Por consiguiente, cabe interpretar que, fuera de estos escenarios - esto es, cuando se trata de una pareja no casada sin menores - dicho esquema normativo no resulta aplicable, de manera que las cuestiones sobre titularidad, uso o distribución de las cargas asociadas al cuidado del animal no pueden ventilarse mediante los procesos de familia, sino que deben canalizarse a través de los correspondientes procesos declarativos civiles (acciones de dominio o copropiedad, división de la cosa común, reclamaciones de cantidad por gastos, etc.) sin perjuicio de que, incluso en estos litigios de naturaleza patrimonial, el órgano judicial deba ponderar el principio de bienestar animal y el nuevo estatuto del animal como ser sintiente, evitando soluciones construidas en términos estrictamente dominicales, propios de la concepción clásica de la propiedad, y por lo tanto ponderando su aplicación.

Esta delimitación parece ser la seguida actualmente en los procesos de guarda de hijos no matrimoniales, en los que algunas audiencias provinciales, **como la SAP Madrid (Secc. 24.ª) 49/2026, de 28 de enero** ya se han pronunciado, y han integrado en la sentencia de guarda y custodia de hijo menor no matrimonial un pronunciamiento completo sobre el cuidado de la mascota familiar y el reparto por mitad de sus gastos de alimentación y veterinarios, aplicando expresamente el art. 94 bis CC en el marco del proceso de familia de los arts. 748.4 y 769 LEC.

[3] **STC 93/2013**, 23 de Abril de 2013: *En efecto, constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 21/1991, de 14 de febrero, FJ 2; y 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 4, entre otras).*

[4] **La STS (Sala 1.ª) 1015/2024 FJ7,** *El hecho, en fin, de que solo sea posible el convenio (art. 90 CC) o las medidas judiciales (art. 91 CC) referidas a los animales de compañía, así como la tramitación por la vía de los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769 ss. LEC) cuando los animales de compañía se hayan poseído durante la vigencia de un matrimonio o, aun sin estar casados, los miembros de la pareja tengan hijos menores, pero no en otro caso, es decir, cuando las mascotas hayan sido de una pareja no casada que no tenga hijos menores.*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

V. LA PROBLEMÁTICA CATALANA PARA LA INTEGRACIÓN DE LA REFORMA Y JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

En Cataluña la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, ya estableció en su art. 511-1.3 CCCat que "los animales, que no se consideran cosas, están bajo la protección especial de las leyes" y que "solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza".

Sin embargo, esta temprana previsión normativa tuvo inicialmente un alcance predominantemente patrimonial, vinculado primordialmente al ámbito de los derechos reales y de la propiedad, sin contemplar una regulación específica sobre la situación de los animales de compañía en las crisis familiares o convivenciales. Resulta especialmente relevante destacar que la fórmula utilizada por el legislador catalán es muy similar, en el fondo, a la posterior regulación introducida por el art. 333 bis CC, que define a los animales como "seres vivos dotados de sensibilidad" y que "Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza". En ambos casos la idea es la misma: el animal deja de ser considerado jurídicamente una simple cosa o un mero bien mueble, aunque las normas sobre propiedad y bienes sigan aplicándose en aquello que sea compatible con su naturaleza y bienestar.

Precisamente esta evolución parcialmente incompleta del Derecho civil catalán explica buena parte de las dificultades interpretativas actuales. Aunque el ordenamiento catalán asumió tempranamente la superación de la concepción estrictamente patrimonial del animal, el legislador no desarrolló posteriormente un régimen específico aplicable a los animales de compañía en las crisis matrimoniales o de pareja, generándose así una laguna normativa que la jurisprudencia ha tratado de resolver de manera eminentemente casuística.

En el ámbito del Derecho civil catalán, la problemática relativa a los animales de compañía en las crisis familiares presenta, por ello, un encaje jurídico mucho más complejo que en el derecho común. Mientras la Ley 17/2021 incorporó expresamente en el Código Civil estatal un conjunto de soluciones normativas destinadas a evitar una excesiva construcción jurisprudencial de la materia, el Código civil de Cataluña continúa careciendo de una regulación específica sobre el destino de los animales de compañía en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o ruptura de pareja estable. Ello ha provocado que la cuestión haya quedado, en gran medida, deferida a la interpretación judicial.

La jurisprudencia catalana ha intentado resolver esta laguna normativa mediante soluciones eminentemente casuísticas y prudenciales, recurriendo en ocasiones al art. 511-1.3 CCCat, al principio de bienestar animal y a la normativa catalana de protección animal, aunque evitando de forma expresa una aplicación supletoria del derecho civil común por efecto de los principios de territorialidad y preferencia del Derecho civil catalán recogidos en los arts. 111-3 y 111-5 CCCat. Sin embargo, las resoluciones dictadas hasta el momento no llegan

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

a construir una verdadera doctrina uniforme o sistemática sobre la materia, apreciándose una notable cautela judicial ante el vacío legislativo existente.

Recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión, consolidando una línea interpretativa claramente restrictiva respecto de la posibilidad de tramitar dentro de los procesos de familia las pretensiones relativas a animales de compañía. En particular, la Sección 12ª, en la **SAP Barcelona núm. 48/2026, de 29 de enero**[5]**, y posteriormente en el AAP Barcelona núm. 104/2026, de 16 de marzo**[6], ha negado la posibilidad de adoptar en procedimientos de nulidad, separación, divorcio o ruptura de pareja estable pronunciamientos relativos a la tenencia de los animales de compañía, al reparto de gastos derivados de su cuidado o a los regímenes de convivencia y visitas, considerando que dichas cuestiones deben ventilarse exclusivamente a través de los correspondientes procedimientos declarativos civiles y no dentro de las crisis matrimoniales o convivenciales.

La sentencia de la AP de Barcelona núm. 2/2026, de 2 de enero de 2026 [7]también establece como argumentario para excluir de forma frontal cualquier posibilidad de interpretación supletoria de acuerdo con la normativa de derecho común y fundamenta su posición restrictiva en varios argumentos. En primer lugar, considera que el artículo 233-4 CCCat contiene una enumeración cerrada de las medidas y efectos definitivos que pueden adoptarse en los procedimientos de nulidad, separación, divorcio o ruptura de pareja estable, sin

[5] ***SAP Barcelona núm. 48/2026, de 29 de enero FJ4:*** *En segundo lugar, que para tomar una decisión sobre la tenencia, cuidado y gastos asociados a un animal de compañía en un proceso de familia en Cataluña debemos atenernos a su propia normativa, dado el principio de territorialidad (art. 111-3 Código Civil de Catalunya) y de preferencia (art. 111-5 CCCat), lo que excluye la aplicación del nuevo art. 94 del Código Civil español, modificado tras la Ley 17/2021, de 15 de diciembre sobre el régimen jurídico de los animales.[.....] No existe pues ninguna previsión legal en el Ordenamiento Jurídico Catalán para que, en el procedimiento de divorcio o de separación, se adopten medidas en relación con mascotas o animales de compañía y por lo tanto no cabía realizar ningún pronunciamiento en la instancia ni sobre titularidad de los animales ni sobre cuidados, guarda o visitas a los mismos.*

[6] ***AAP Barcelona núm. 104/2026, de 16 de marzo FJ1.6****: Ahora bien, es doctrina de esta Sección, recogida en sentencias de 2 de enero y 29 de enero de 2026, que en los procesos de familia en Cataluña no procede incorporar pronunciamiento alguno sobre propiedad, cuidados o relaciones con los animales de compañía que tenían los litigantes durante su convivencia.*

[7] **AP de Barcelona núm. 2/2026, de 2 de enero de 2026 FJ1.6:** *El artículo 233-4 CCCat . no contiene ninguna referencia a los animales de compañía, ni en lo que respecta a la determinación de su titularidad, su régimen de tenencia o la asunción o distribución de los gastos derivados de su cuidado. Hasta la fecha, el legislador catalán, a diferencia de lo que sucede en los artículos 90.1 b , 94 bis y 103.1ª bis del Código Civil común y en el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en la redacción dada a todos ellos por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021-, ha optado por no regular el cuidado de los animales de compañía y el reparto de las cargas asociados, como un efecto o medida derivado del proceso de familia[.....] el artículo 774.4 LEC regula las medidas definitivas que pueden adoptarse en un proceso de nulidad, separación o divorcio, pero no deja de ser un precepto ubicado en un Texto Procesal Civil, y que choca con lo dispuesto en el art. 233-4 CCCat ., que no prevé ninguna medida con respecto a la tenencia, régimen y gastos asociados a los animales de compañía. No podemos compartir que para regular una cuestión sustantiva -como es un efecto derivado de una nulidad, separación, divorcio o de ruptura de pareja estable- debamos acudir a una norma procesal, cuando el texto sustantivo aplicable -en nuestro caso el Código civil catalán- no contiene ninguna previsión al respecto. [...] el Decreto legislativo 2/2008, de 15 de abril, que aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales de Cataluña, no se aplica a un procedimiento de familia, porque es una norma administrativa sobre protección, bienestar y cuidado de los animales, y los efectos derivados de un procedimiento de nulidad, separación, divorcio o ruptura de pareja estable se rigen por las normas civiles, ya citadas, que regulan las concretas medidas que pueden adoptarse en el mismo.*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

incluir ninguna previsión relativa a animales de compañía. En segundo lugar, entiende que las previsiones introducidas por la Ley 17/2021 en los artículos 90.1 b), 94 bis y 103.1ª bis CC, así como en el artículo 774.4 LEC que dispone que en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, no resultan aplicables en Cataluña por aplicación de los principios de territorialidad y preferencia del Derecho civil catalán. Asimismo, la Audiencia sostiene que el artículo 774.4 LEC constituye una norma de carácter procesal que no puede suplir la ausencia de regulación sustantiva en el CCCat. Finalmente, niega que el Decreto Legislativo 2/2008, de protección de los animales, pueda servir de fundamento para adoptar medidas civiles en procesos de familia, al tratarse de una norma de naturaleza administrativa orientada a la protección y bienestar animal. Por consiguiente, dirige la resolución sobre titularidad, régimen de tenencia y asunción de gastos del animal de compañía al procedimiento declarativo correspondiente.

VI. CONCLUSIONES

La realidad social suele ir siempre por delante del derecho y, en materia de protección animal, se ha puesto especialmente de manifiesto. La reforma operada por la Ley 17/2021 ha abierto la puerta a extender la protección reforzada de los animales al conjunto del ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito administrativo como en el penal, situándolos en un marco jurídico claramente distinto del existente hasta ese momento.

Resulta, sin embargo, especialmente llamativo que la normativa catalana, tradicionalmente pionera en materia de protección animal mediante la introducción en 2006 del artículo 511-1.3 CCCat - que establece que los animales no son cosas - y, especialmente, a través del Decreto Legislativo 2/2008, de protección de los animales, que refuerza la tutela frente al abandono y el maltrato, que atribuye a las entidades municipales competencia respecto de animales abandonados y prohíbe el sacrificio salvo por razones humanitarias, no haya incorporado todavía una regulación específica destinada a resolver el creciente problema relativo al destino de los animales de compañía en las crisis familiares.

Actualmente, la jurisprudencia catalana coincide en considerar inaplicable en Cataluña la normativa derivada de la reforma introducida por la Ley 17/2021 y, concretamente, el artículo 94 bis CC, en virtud de los principios de territorialidad y preferencia del Derecho civil catalán, existiendo una corriente de interpretación restrictiva que remite cualquier controversia relacionada con esta materia al correspondiente procedimiento declarativo.

No obstante, consideramos necesario realizar una reflexión crítica, en la medida en que una interpretación excesivamente restrictiva del principio de preferencia del Derecho civil catalán supone, en la práctica, no

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

ofrecer una respuesta suficientemente ágil y eficaz a la crisis familiar ni a la relevancia que los animales de compañía tienen dentro del núcleo convivencial. Ello provoca una innecesaria dilación de los procedimientos, con el consiguiente perjuicio para todos los integrantes de la familia y, muy especialmente, para los menores, cuyos vínculos afectivos con los animales de compañía suelen ser particularmente intensos.

Debe tenerse presente, además, que el hecho de que el legislador catalán no haya regulado expresamente las consecuencias derivadas de las crisis familiares respecto de los animales de compañía no implica necesariamente la existencia de una prohibición. En este sentido, el propio artículo 111-5 CCCat dispone que el derecho supletorio rige en la medida en que no se oponga a las disposiciones del Derecho civil de Cataluña ni a los principios que lo inspiran.

Por ello, el Código Civil de Cataluña no contiene una prohibición expresa que impida incorporar medidas relativas a animales de compañía dentro de las crisis familiares, ni parece que dicha posibilidad resulte contraria a los principios generales del Derecho civil catalán, especialmente cuando el propio sistema jurídico catalán reconoce una protección reforzada de los animales y una consideración jurídica diferenciada respecto de las cosas.

El derecho debe ser capaz de ofrecer soluciones efectivas y adaptadas a la realidad social. Entendemos, por tanto, que la ausencia de referencia expresa a los animales de compañía en el artículo 233-4 CCCat debe interpretarse como una auténtica laguna legislativa, más que como una exclusión consciente por parte del legislador que pueda asimilarse a considerarse como prohibición, máxime cuando actualmente ya existen trabajos y anteproyectos legislativos orientados a una futura regulación catalana específica en esta materia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Código Civil español.

Código Civil de Cataluña.

Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de maltrato animal.

Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales de Cataluña.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Jurisprudencia

STS (Sala Primera) núm. 1015/2024, de 17 de julio de 2024.

STC 93/2013, de 23 de abril de 2013.

STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990.

STC 21/1991, de 14 de febrero de 1991.

STC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004.

SAP Madrid (Sección 24.ª) núm. 49/2026, de 28 de enero de 2026.

SAP Barcelona (Sección 12.ª) núm. 2/2026, de 2 de enero de 2026.

SAP Barcelona (Sección 12.ª) núm. 48/2026, de 29 de enero de 2026.

AAP Barcelona (Sección 12.ª) núm. 104/2026, de 16 de marzo de 2026.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

Doctrina Civil

EL PROCESO CIVIL DE AMPARO DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN. ESTUDIO DEL "NUEVO DERECHO DE RECTIFICACIÓN"

María Aurora Caparrós Moreno

Estudiante del Doctorado UNED

SUMARIO: *I. Introducción. II. Antecedentes. III. Concepto. IV. Naturaleza. V. legitimación. VI. Procedimiento. 1. Actuación previa. 2. Vía judicial. VII. Alcance del derecho de rectificación. Aspectos sustantivos. 1. Veracidad y derecho de rectificación. 2. Posibilidad de rectificación parcial. 3. Inclusión de otros hechos en la rectificación. 4. ¿Cómo tiene que ser la rectificación? 5. Posibilidad de modificación por el órgano judicial del texto de rectificación. VIII. Proyecto de reforma de la ley. 1. Necesidad de adaptación de la ley a la nueva realidad social. 2. Modificaciones legislativas concretas. XI. Conclusiones. X. Bibliografía y jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de rectificación nace como la facultad que tiene cualquier persona, física o jurídica, ante la publicación de una información en medios de comunicación sobre unos hechos que considera inexactos -y cuya divulgación entienda que pueda perjudicarle-, de solicitar al medio la rectificación de los mismos, dando su versión de los hechos, y solicitar su difusión por los mismos medios.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación[1], en adelante LO 2/1984, se ha hecho necesaria la interpretación de algunos conceptos, así como la delimitación de la naturaleza y el significado de este derecho debido a la parquedad de la norma. Han transcurrido más de cuarenta años desde su promulgación, ello unido a los cambios en los medios de comunicación social derivados del uso de las nuevas tecnologías, la irrupción de la prensa digital y los "influencers", hace que se planteen nuevos desafíos para el ejercicio de este derecho.

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis del derecho de rectificación, tal y como ha sido regulado en la LO 2/1984, e interpretado tanto por nuestro Tribunal Constitucional, en adelante TC, como por nuestro Tribunal Supremo, en adelante TS, para proceder al análisis de Proyecto de Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación que fue publicada en el Boletín de las Cortes Generales el 30 de enero de 2026, en adelante Proyecto LO Derecho de Rectificación, la cual plantea novedades de calado frente a la anterior

[1] BOE núm. 74, de 27/03/1984.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

regulación, alguna de ellas "recogiendo el testigo" de la jurisprudencia existente e introduciendo novedades derivadas de la irrupción de los nuevos canales de comunicación.

II. ANTECEDENTES

Vamos a tratar muy brevemente los antecedentes de la LO 2/1984[2]:

Como *antecedentes legislativos preconstitucionales* de la LO 2/1984 cabe citar la Ley 14/1966 de 18 de marzo de Prensa e Imprenta[3].

Como *antecedentes legislativos postconstitucionales* podemos señalar dos:

a) La Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión[4].
b) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[5].

Antes de la entrada en vigor de la LO 2/1984, la Sentencia del TC, en adelante STC, nº 35/1983, de 11 de mayo[6], establece las bases de este derecho de rectificación, que posteriormente será desarrollado por el legislador, señalando que "el derecho de rectificación, que normalmente solo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde, debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frustren su

[2] Por lo reducido del espacio, tampoco se tratará en el presente trabajo la influencia de textos internacionales como el Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de radiodifusión, especialmente por satélite y por cable y la Resolución nº 26 de 1974 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

[3] BOE núm. 67, de 19/03/1966. Trataba sobre los derechos de réplica y rectificación. El derecho de réplica se definía como el derecho que tenía toda persona natural o jurídica que se considere injustamente perjudicada por cualquier información escrita o gráfica que la mencione o aluda, inserta en una publicación periódica, a hacer el uso del derecho de réplica en los plazos y en la forma que reglamentariamente se determinen, siendo que el Director de la publicación tenía el deber de insertar el escrito de réplica en uno de los números siguientes al día de su entrega (si era publicación diaria), y en uno de los dos primeros números siguientes (si era publicación semanal o de periodicidad más dilatada). Respecto a la inserción del escrito de réplica debía realizarse en la misma plana y columna, y con los mismos caracteres tipográficos con que se publicó la información, siendo gratuita cuando no exceda el doble del número de líneas del texto y espacio gráfico al que se replica. No se podía incluir en el mismo número comentarios o apostillas a la réplica. Contra la negativa del director de la publicación, se podía acudir al Ministerio de Información y Turismo, el cual, podía ordenar la inserción solicitada.
El derecho de rectificación, en cambio, se refería a la obligación de los directores de las publicaciones de insertar gratuitamente en el número siguiente a su recepción, de cuantas notas o comunicados les remitiese la Administración a través de la Dirección General de Prensa o de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Información y Turismo.

[4] BOE núm. 11, de 12 de enero de 1980. En la cual se contemplaba la posibilidad de que todo aquel que sufriera una lesión directa y expresa en sus legítimos intereses morales, en virtud de datos o hechos concretos contrarios a la verdad, y difundidos a través de una información radiofónica o televisiva, de solicitar por escrito, en plazo de siete días desde la difusión de la información, que fuese trasmitida la correspondiente rectificación, que debía acompañarse de la documentación en que se apoye o indicar el lugar donde se encuentre. La denegación de la rectificación por parte del director del medio podía ser recurrida en el plazo de cinco días a través del director general de RTVE, el cual resolvía sin haber lugar a recurso administrativo alguno.

[5] BOE núm. 115, de 14/05/1982. Se reconoce el derecho de réplica como una vía adicional y cumulativa a la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria en caso de intromisión en el derecho al honor.

[6] ECLI: ES: TC: 1983:35.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la Constitución garantiza a "comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Debido a la primera de estas exigencias intrínsecas, el trámite necesario para el ejercicio debe ser sumario, de manera que en lo posible se garantice la rápida publicación de la rectificación solicitada (…).

En atención a la segunda de las exigencias antes mencionadas, el ejercicio del derecho debe ajustarse a requisitos que, a su vez, ofrezcan al medio difusor de la información una garantía razonable de que la rectificación que se pretende se apoya en elementos de juicio que en alguna medida invalidan la que se hizo pública, está efectivamente destinada a impedir un daño que de otra manera sufriría el derecho o el interés legítimo de quien la solicita y no implica, a su vez, la difusión de noticias de dudosa veracidad o de las que se puedan seguir un perjuicio a la esfera jurídicamente protegida de terceros"[7].

III. CONCEPTO

La LO 2/84 no define lo que se entiende por derecho de rectificación. Ante la indefinición de la ley, la STC nº 168/1986, de 22 de diciembre[8], define el derecho de rectificación como la "facultad otorgada a toda persona, natural o jurídica, de rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio"

IV. NATURALEZA

La naturaleza del derecho de rectificación ha sido ampliamente debatida por la doctrina, generando una importante polémica doctrinal, y ello porque el derecho de rectificación no solo supone una garantía o protección de los derechos personales del aludido, sino que, a la vez y, simultáneamente, supone la protección de la colectividad en cuanto opinión pública[9].

Entonces, la cuestión que se plantea es la siguiente, ¿estamos ante un derecho subjetivo constitucional, y, en tal caso, con la condición de derecho fundamental y, por tanto, objeto de protección del mismo modo que otros derechos fundamentales según el artículo 53.2 CE? ¿O simplemente estamos ante una mera garantía de otros derechos e intereses legítimos?

[7] En el caso, el TC denegó el amparo, y señaló que la petición por parte de TVE de que se aportase la documentación que apoyaba la rectificación solicitada o se indicase el lugar donde se encontraba dicha documentación, no era superflua ni excesiva. El TC añade también que era necesario la exigencia de que se precise el texto concreto de la rectificación que se pretende. Y siendo ambas exigencia lícitas y justificadas, el solicitante de la rectificación debió atenderlas para obtener la publicación de texto que consideraba conveniente difundir.

[8] ECLI:ES:TC:1986:168.

[9] BANDRÉS ORÓÑEZ, L.C. "El derecho de rectificación", *Diario La Ley* nº 8837, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2026, Editorial La Ley.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Hay autores que entienden que se trata de un derecho público subjetivo, entre los que se encuentra Íñigo Lazcano Brotóns[10] y Marc Carrillo[11], frente a otra línea doctrinal que sostienen que estamos ante una mera garantía procesal de otros derechos e intereses legítimos, como Javier Martínez Calvo[12].

El TC, en su Sentencia nº 51/2007 de 12 de marzo[13], señala que: "no existe un derecho fundamental a la rectificación (…)" y recordando su doctrina señala que "el derecho de rectificación tiene un carácter puramente instrumental, en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de la información publicada", y que "el derecho de rectificación es solo un medio del que dispone la persona aludida para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda irrogarle en su honor", y concluye "el derecho de rectificación aparece así, por un lado, como un derecho subjetivo que funciona como instrumento previo al ejercicio de acciones para la defensa del patrimonio moral de la persona frente a la actividad de los medios de comunicación; y, por otro, como un complemento de la garantía de la libre formación de la opinión pública".

El Tribunal Supremo, en su Auto de 22 de enero de 2002[14] señaló que "... que no se trata de un verdadero derecho fundamental al que el legislador haya querido dar un tratamiento procesal distinto, como se pone de manifiesto con la simple lectura de la Exposición de Motivos de la LEC 2000, en cuyo apartado X se deja bien claro que la *voluntas legislatoris* es estatuir para los derechos de tal naturaleza un cauce procedimental común -el correspondiente al juicio ordinario- cuya tramitación se considera más expeditiva que la de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, dando así cumplimiento a las previsiones contenidas en el art. 53.2 de la CE , separando, en cambio, del conjunto de estos derechos aquellos que en sí mismos constituyen derechos y garantías procesales, para los cuales considera ilógico establecer un procedimiento especial, optando por proporcionar los mecanismos precisos para que su vulneración se remedie en el seno mismo del proceso en donde ha tenido lugar. ". Postura que reitera en su Sentencia nº 376/2017, de 14 de junio[15], de Pleno, en la que señala que "el derecho de rectificación no aparece reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución. No obstante, su regulación mediante Ley Orgánica (…) es indicativa de cierta singularidad que se explica por la estrecha relación del derecho de rectificación, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, con dos derechos fundamentales sí reconocidos en la Constitución: el derecho al honor, por un lado, y el derecho a la libertad de información, por otro".

---

10 LAZCANO BROTÓNS, I. "Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de rectificación", *Comunicación y Pluralismo*, pp. 164-166

11 CARRILLO, M. "Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española de 1978. (Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo)", Revista de Derecho Político, núm. 23, pág. 50-51.

12 MARTÍNEZ CALVO, J. "El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención a las publicadas en internet", Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020) Estudios, págs. 148-149.

13 ECLI:ES:TC:2007:51.

14 ECLI:ES:TS:2002:20A.

15 ES:TS:2017:2350.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

También la STS nº 492/2017 de 13 de septiembre[16], de Pleno, señala que : "El proceso para el ejercicio del derecho de rectificación está relacionado efectivamente con el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz del art. 20.1.d) de la Constitución, especialmente en su faceta institucional de garantía de formación de una opinión pública libre e informada, y puede servir también en ocasiones como instrumento de defensa del derecho al honor del art. 18.1 de la Constitución. Pero ni es propiamente un proceso para la tutela jurisdiccional del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, ni necesariamente ha de protegerse a través de este el derecho al honor, aunque eventualmente así pueda ser, puesto que la información cuya corrección se pretende no tiene por qué atentar al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho al honor. Se trata del ejercicio de un derecho instrumental, que solo eventualmente puede servir de cauce para la protección de algún derecho fundamental". Criterio ratificado nuevamente en la STS nº 1025/2024 de 17 de julio[17].

V. LEGITIMACIÓN

El artículo 1 de la LO 2/1984 deja claro quien tiene *legitimación activa* señalando que la misma corresponde a toda persona, natural o jurídica, su representante o sus herederos o los representantes de éstos, aludidos por la difusión de información de hechos a través de cualquier medio de comunicación social[18].

En cuanto a la *legitimación pasiva*, lo está en medio de comunicación que divulgó la noticia, y es necesario dirigir la demanda contra todos los que tienen que estar como demandados, por ello, y como la LO 2/1984 establece que el escrito ha de dirigirse al director del medio, pero después ordena al juez citar a éste o a sus representantes legales, lo más adecuado es dirigir la demanda frente al director del medio y frente a la empresa[19].

Hay que señalar que la Ley establece que no es necesaria la asistencia de Letrado ni de Procurador.

VI. PROCEDIMIENTO

1. Actuación previa

Para poder acudir a la vía jurisdiccional se hace necesario una actuación previa. Por ello, y antes de poder acudir a los tribunales, y de forma preceptiva, se debe enviar el escrito de rectificación por el perjudicado. Los artículos 2 y 3 de la LO 2/1984 contemplan esta actuación previa. Veámoslos.

---

16 ECLI: ES:TS:2017:3246.

17 ECLI: ES:TS: 2024:4063.

18 Se plantean algunos supuestos dudosos y que han sido tratados por la doctrina y la jurisprudencia. El primer supuesto lo encontramos con el nasciturus, habiendo consenso en la doctrina sobre la legítima posibilidad de sus representantes legales de ejercer el derecho de rectificación de cualquier información sobre el concebido y no nacido. También parece que se puede reconocer respecto a las comunidades de propietarios y para el caso de masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

19 VIDAL FERNÁNDEZ, B. "Protección del derecho al honor de las "víctimas" de los medios de comunicación mediante el ejercicio del derecho de rectificación", *Revista Bolivariana de Derecho*, Nº 23, enero 2017, pág. 269-270.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El derecho de rectificación se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de la publicación o difusión de la información que se desea rectificar. La remisión debe hacerse de forma fehaciente, de manera que quede constancia de su fecha y recepción -en la práctica más habitual por burofax-. La rectificación debe limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar y su extensión no debe exceder sustancialmente a la de la noticia, salvo que sea absolutamente necesario.

Una vez recibido por el medio el escrito de rectificación, éste debe proceder a su publicación de forma gratuita y regularmente, lo que implica que el texto se debe publicar íntegramente, dentro de los tres días siguientes a su recepción[20], dándole una relevancia semejante a la de la información que se rectifica, y sin introducir comentarios o apostillas.

En el caso de que en el plazo de tres días no se hubiera publicado o divulgado la rectificación, o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación que no será difundida, o en el caso de que se haya publicado o divulgado, pero de una forma irregular – no publicación íntegra, sin relevancia semejante a la de la información que se rectifica y sin neutralidad-, el perjudicado tiene expedita la vía jurisdiccional.

2. Vía judicial

Una vez abierta la vía judicial, el plazo para presentar la demanda es de siete días hábiles a contar desde el día siguiente a que venza el plazo de tres días que tiene el medio para difundir el escrito de rectificación, o en caso de que haya notificación expresa del medio de comunicación comunicando la no publicación, desde el día siguiente, y por último, en caso de que se haya publicado, pero de forma defectuosa o indebida, desde la publicación o divulgación de este.

Surge la interesante cuestión sobre si es necesario acudir a un medio adecuado de solución de controversia antes de la interposición de la demanda[21]. Si bien el TS todavía no se ha pronunciado, sí lo ha hecho alguna Audiencia Provincial[22], señalando que "las demandas en las que se pretenda ejercitar el derecho de rectificación al amparo de la LO 2/1984 se encuentran excluidas del cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad ya que su normativa reguladora establece un sistema de reclamación previa obligatoria y con

[20] Si la información que se rectifica se difundió en una publicación cuya periodicidad no permite la divulgación de esta en el plazo de los tres días siguientes, se publicará en el número siguiente. Si la información que se rectifica se difundió en espacio radiofónico o televisión que, por la periodicidad de la emisión, divulgar la rectificación en dicho plazo, el rectificante puede exigir que se difunda en un espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro del plazo de los tres días.

[21] La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia exige, como requisito de procedibilidad, acudir previamente a la interposición de una demanda a un medio adecuado de solución de controversias de los previstos en la ley.

[22] AAP Cantabria, Sección 2ª, nº 226/2025, de 28 de noviembre. ECLI:ES: APS:2025:1542ª

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

unos plazos perfectamente adaptados a la sumariedad que se pretende para la publicación de la versión de la parte que resulta ofendida o afectada en su derecho fundamental"

El órgano competente es el Tribunal de Instancia[23] de su domicilio o ante el lugar donde radique la dirección del medio de comunicación.

¿Y qué se va a decidir en el proceso? El TS lo señala claramente, "si la rectificación versa sobre hechos, no sobre opiniones; si tales hechos aluden a quien insta la rectificación; si es razonable que quien insta la rectificación considere que tales hechos son inexactos, sin que sea imprescindible considerar que los mismos son inveraces; y que la divulgación de tales hechos pueda causarle perjuicio"[24].

Al escrito de demanda se debe acompañar el escrito de rectificación y la justificación de haberlo presentado en plazo; y en caso de que se rectificase y difundiese, una copia por escrito en caso de ese fuese el caso, y en otro caso, la reproducción o descripción de esta con la máxima fidelidad posible.

El Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, en caso de que se considere incompetente o si entiende que la rectificación es manifiestamente improcedente, dictará auto inadmitiendo la demanda. En caso contrario, convocará a las partes a un juicio que se celebrará por los trámites del juicio verbal, y que se celebrará dentro de los siete días siguientes al de la petición[25].

Prevé el legislador unas modificaciones respecto del juicio verbal ordinario[26], y que consisten en las siguientes: *primera*, el Juez puede reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita; *segunda*, solo se admitirán las pruebas que puedan practicarse en el acto; y *tercera,* la sentencia se dictará en el mismo acto.

La sentencia solo puede denegar la rectificación u ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos establecidos en la ley.

En caso de que sea necesario ir a ejecución de sentencia, la misma debe cumplirse en sus mismos términos. Tratándose de una ejecución personalísima debemos acudir al 709 de la Ley Enjuiciamiento Civil, que regula dicha figura.

[23] Artículo 4 LO 2/1984, señala Juzgado de Primera Instancia, pero debe modificarse por la entrada en vigor de la Ley 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.
[24] STS 702/2024, de 20 de mayo. ECLI: ES:TS:2024:2487.
[25] Artículo 5 LO 2/1984.
[26] Artículo 6 LO 2/1984.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VII. ALCANCE DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS

En este apartado se analizará la casuística jurisprudencial sobre el derecho de rectificación y la solución dada por nuestro TC y TS.

1. Veracidad y derecho de rectificación

La STC nº 168/1986, de 22 de diciembre aborda la interesante cuestión entre la veracidad y el derecho de rectificación y concluye que "…los órganos judiciales que conozcan de las demandas de rectificación no se limitan a dar curso automáticamente a la pretensión de la voluntad del reclamante, sino que realizan un control jurídico de la regularidad de la rectificación solicitada, confiriendo la ley una facultad de rechazar a limine la pretensión deducida, inadmitiendo toda demanda de rectificación manifiestamente improcedente. Pero ello no supone en ningún caso que tengan que indagar exhaustivamente en la verdad, además de que la sumariedad del procedimiento no lo permite". Doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la STS nº 492/2017 de 13 de septiembre[27], de Pleno, señalando: "La imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido, pues la decisión judicial que ordena dicha inserción no puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla"

2. Posibilidad de rectificación parcial

La STS nº 376/2017 de 14 de junio resuelve la posibilidad de una rectificación parcial que excluya del texto aquellos contenidos que no se adecuen a lo dispuesto en el artículo 2. Señala el TS que según la interpretación literal de la LO 2/1984, "cabe sostener que la publicación de la rectificación solo puede ser íntegra, por lo que, si no se limita única y exclusivamente a hechos, la rectificación sería improcedente, pero en cambio, la doctrina del TC sobre el control jurídico del derecho de rectificación por el Juez no permite una interpretación tan tajante, ya que éstos tiene facultad para ordenar la publicación solamente parcial de la rectificación, excluyendo las opiniones, o dicho de otra forma, excluyendo el contenido que no se refiera única y exclusivamente a los hechos. Ahora bien, para ello es necesario realizar un juicio de ponderación que valore la relevancia o el peso de las palabras, frases o párrafos cuestionados en el conjunto del escrito, y para ello debe atenerse no solo a la extensión que la parte cuestionada represente en el conjunto del escrito de rectificación, sino también a su relación con los hechos, al elemento preponderante en el conjunto de la rectificación y, muy especialmente, por un lado, a la mayor o menor precisión de la información que se quiere rectificar, y por otro, a la gravedad de las imputaciones y descalificaciones contenidas en el texto que se pretenda rectificar".

[27] ECLI: ES:TS:2017:3246

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. Inclusión de otros hechos en la rectificación

El TS en la Sentencia nº 570/2017 de 20 de octubre[28] señala que: " en la rectificación se pueden incluir hechos ajenos a la información que se intenta rectificar, y ello porque el derecho de rectificación no tiene porqué limitarse a la pura y simple negación de los hechos, sino que también pueden comprender aquellos otros hechos que, por su estrecha relación con los hechos objeto de información, contribuyan a reforzar esa negación (…). En definitiva, si se publica una información incluyendo datos y detalles de hecho que la dotan de verosimilitud, hay que aceptar que el aludido rectifique esa información mediante hechos precisos que también doten de verosimilitud a su rectificación".

4. ¿Cómo tiene que ser la rectificación?

Partiendo de que mediante la rectificación no puede contestar cualquier contenido transmitido por un medio de comunicación, sino es la facultad de rectificar los hechos contenidos en una determinada información, de modo que el titular del derecho pueda dar su propia versión de los hechos[29]. Por ello, no es válida la modificación del texto publicado anteriormente, ya que no consiste en la publicación de la rectificación remitida por el afectado, de modo que la satisfacción del derecho de rectificación tiene lugar mediante la publicación del texto rectificativo enviado por el afectado al medio informativo, sin que sea suficiente ni adecuado, la simple modificación del texto originariamente publicado[30].

La STS nº 594/2019, de 7 de noviembre[31], lo señala, tiene que cumplir los requisitos de relevancia, completitud y claridad, y tiene que aparecer en el medio con el mismo impacto visual que la información precedente, no admitiéndose un contenido difuso y fragmentario. El escrito de rectificación puede ser más extenso que la información rebatida[32].

No se cumple con la exigencia del derecho de rectificación en caso de que lo que se publique no sea una verdadera rectificación, sino solo un complemento de la información originaria, prescindiendo injustificadamente tanto de las expresas y literales manifestaciones de los que solicitan la rectificación [33]. Tampoco se ampara en el ejercicio del derecho de rectificación una declaración de principios que, por su generalidad y falta de referencia a un hecho concreto objeto de la información, se sitúe exclusivamente en el

[28] ECLI: ES:TS:2017:4872.
[29] STS 1470/2024, de 6 de noviembre, en la que cita la STC 139/2021 de 12 de julio. ECLI: ES:TS:2024:5321
[30] STS 4/2026, de 8 de enero. ECLI: ES:TS:2026:19.
[31] ECLI: ES:TS:2019:3700.
[32] STS 818/2021 de 29 de noviembre. ECLI: ES:TS:2021:4395.
[33] STS 253/2021 de 4 de mayo. ECLI: ES:TS:2021:1591.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

campo de la opinión, y carente de una exposición alternativa de los hechos expuestos en el artículo periodístico[34].

Lo que no ampara el TS[35] es que en el escrito de rectificación se intente rebatir la opinión de un periodista aportando datos que el mismo, en el ejercicio de su libertad de expresión, no haya considerado oportuno incluir en su artículo.

También señala el TS que la inclusión de expresiones del tipo "no es cierto…", "es incorrecto…" u otras similares no permite considerar que predominen las opiniones o juicio de valor destinado a desacreditar al medio que publique la información. Estas fórmulas permiten a quien ejerce del derecho de rectificación identificar ordenadamente cada uno de los puntos de información que considera inexactos[36].

En caso de que la noticia se difunda en la edición digital de un periódico, y al día siguiente en la edición impresa, y en el escrito de rectificación solo se aluda al artículo publicado en la edición digital, no es obstáculo para rectificar también el publicado en la edición impresa[37].

En caso de que la noticia sea publicada en un medio digital, la rectificación de la noticia debe ser publicada mediante un nuevo vínculo a la misma con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, y el medio informativo debe también insertar un aviso aclaratorio que deberá aparecer en un lugar visible junto con la información original[38].

5. Posibilidad de modificación por el órgano judicial del texto de rectificación

El TC, en su Sentencia nº 139/2021 de 12 de julio, haciendo un recorrido sobre el derecho de rectificación, y recordando que la diferenciación entre hechos y opiniones no siempre es nítida, en los supuestos en los que se mezclan elementos de uno y otra significación, hay que atenerse al que aparezca como preponderante o

[34] STS 1500/2024, de 12 de noviembre. ECLI: ES:TS:2024:5507.

[35] En la STS 360/2020 de 24 de junio. ECLI: ES:TS:2020:2796. En el mismo sentido la STS 709/2021 de 20 de octubre. ECLI: ES:TS:2021:3895.

[36] STS 594/2019, de 7 de noviembre.

[37] STS 199/2021, de 12 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1324.

[38] STS 32/2024, de 11 de enero, de Pleno. ECLI: ES:TS:2024:65. En esta sentencia se trata sobre la relación entre el artículo 3 de la LO 2/1984 y el artículo 85.2 de la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. El caso versaba sobre el derecho de rectificación que instaba un particular sobre una noticia publicada en la web www.eldiario.es, y la rectificación que había realizado el medio consistía en la introducción como nota al final de la noticia original, pero no lo había hecho como publicación en el diario digital, con la misma relevancia que la información originariamente publicada. Por ello, el TS se platea la cuestión sobre si, cuando se pretende ejercitar el derecho de rectificación respecto de una información publicada en un medio de comunicación digital, basta con publicar el archivo digital, en lugar visible junto con la información original, un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia no refleja la situación actual del individuo, tal y como establece el artículo 85.2 LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales; o si además, sigue siendo necesario publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, mediante un nuevo vínculo con relevancia semejante a aquel en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas, como establece el artículo 3 de la LO 2/84. Confirmado también por la STS 4/2026, de 8 de enero.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

predominante, dilucida hasta donde tiene margen el órgano judicial para dar cobertura al derecho de rectificación, y si el juez puede intervenir, modificando el contenido del texto propuesto por el titular del derecho.

Concluye nuestro TC que "…las insinuaciones basadas en una descripción de los hechos o juicios de valor u opinión implícitos en la narración de unos hechos también pueden ser contestados mediante rectificación, pero siempre y cuando la misma tenga como eje fundamental y, por tanto, predominante, la contestación de los hechos.

Así, si en el escrito de rectificación existe un incremento objetivo del contenido de la información previamente facilitada por el medio de comunicación, que se base en la aportación de hechos, se entiende que el elemento predominante es el fáctico, y debe primar la publicación íntegra del texto, pese que pueda contener juicios de valor.

Doctrina jurisprudencial que es acogida por el TS, entre otras, en la STS nº 479/2023 de 11 de abril[39].

VIII. PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY

Centraré ahora el estudio en el Proyecto de Reforma de Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación[40] y se analizará si ha recogido la evolución jurisprudencial del mismo, así como si se adapta a la nueva realidad social actual.

1. Necesidad de adaptación de la ley a la nueva realidad social

En la Exposición de Motivos I recoge la jurisprudencia existente del TC sobre el derecho de rectificación. Recoge que este derecho no supone que se puedan contestar a las opiniones transmitidas por un medio de comunicación, sino de la facultad de rectificar los hechos expresados en una determinada información, de modo que el titular de los hechos pueda dar su propia versión.

En la rectificación no entra, en principio, en la veracidad o falsedad de la información difundida, ni de la rectificación posterior, por ello, el ejercicio del derecho de rectificación es definido como un procedimiento rápido y sencillo, compatible con otras acciones penales, civiles o de otra naturaleza.

También se recoge que la nueva Ley se adapta a los cambios en los medios de comunicación social derivados del uso de las nuevas tecnologías, tanto por la fuerte presencia de la prensa digital y de las plataformas en línea y los servicios digitales. A lo que se une que la información por estos nuevos medios proviene muchas veces de usuarios o sujetos particulares con un gran número de seguidores, los cuales desempeñan un papel

[39] ECLI: ES:TS:2023:1703.

[40] BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 30 de enero. Proyecto de Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

muy cercano al que venían desarrollando los periodistas. Por todo ello, y debido también a la velocidad extraordinaria actual de la transmisión de la información, se hace necesario una regulación más completa y específica, y adaptada a la nueva situación.

2. Modificaciones legislativas concretas

Se introducen las siguientes modificaciones:

a) Inclusión de otros medios de comunicación social: junto a los medios tradicionales, se incluye la difusión por cualquier medio de comunicación social, o por usuarios de especial relevancia en plataformas en línea. Y se concreta que se considera un usuario de especial relevancia aquel que alcance un número de seguidores igual o superior a 100.000 en una única plataforma; o igual o superior a 200.000, de forma agregada, en todas las plataformas en las que el usuario desarrolle su actividad.

b) Respecto del ejercicio del derecho de rectificación, y con legitimación activa, se le reconoce a las personas con discapacidad, que lo pueden ejercer por sí mismos, o con los apoyos voluntarios, judiciales o de hecho. También a los menores de edad que sean maduros, presumiendo dicha madurez al alcanzar la edad de dieciséis años, y respecto de los fallecidos, se amplía la legitimación a su cónyuge o persona que haya estado unida por análoga relación de afectividad; sus descendientes, ascendientes, hermanos o herederos; o la persona que el fallecido hubiera designado expresamente.

c) Respecto del plazo para el ejercicio del derecho de rectificación se amplía a diez días naturales desde la publicación o difusión de la información, veinte cuando se trate de informaciones públicas por medios de comunicación digitales o por usuarios de especial relevancia en plataformas en línea.

d) Se elimina la exigencia de la rectificación se dirija concretamente al "director" del medio de comunicación, siendo ahora potestativa. Se puede dirigir la solicitud al propio medio de comunicación.

e) Se obliga a los medios de comunicación digitales con un mecanismo universalmente accesible, visible y gratuito para el solicitante, donde se pueda remitir la remisión del texto de rectificación, asegurando la constancia de su fecha de remisión y de recepción.

f) En caso de usuarios de especial relevancia, éstos deben informar públicamente, en un lugar visible en su plataforma, de los medios a través de los cuales se puede ejercer el derecho de rectificación frente a ellos, los cuales deben permitir acreditar la fecha de emisión y de recepción de las solicitudes de rectificación.

g) En principio, la rectificación debe limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, sin incorporar opiniones o valoraciones de la persona aludida, salvo que se deriven de la base fáctica que sustenta el ejercicio del derecho y no resulten excesivos e impertinentes.

h) Si la información se hubiera difundido por plataformas en línea, la rectificación se hará en un lugar visible, junto con la información original, y además, incluyendo a continuación de ésta, un aviso expreso de que se trata del ejercicio del derecho de rectificación. Y en la publicación de la información original se incluirá un

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

aviso aclaratorio, en lugar visible, que ponga de manifiesto que dicha información ha sido rectificada por la persona afectada. Dicho aviso debe incorporar un enlace al texto de la rectificación.

i) Si la información se ha publicado por medios de comunicación digitales, la rectificación debe ser publicada mediante un nuevo enlace a la información original con relevancia semejante a aquella con la que se publicó o difundió la información que se rectifica. Además, los medios de comunicación publicarán en sus archivos digitales un aviso aclaratorio que ponga de manifiesto que la noticia original ha sido rectificada por la persona afectada. Aviso que debe aparecer en lugar visible, junto con la información original, e incorporará un enlace al texto de la rectificación.

j) En caso de que la información se haya difundido en diferentes medios de comunicación o en diversas plataformas en línea, se deberá publicar o difundir la rectificación en todos ellos, según el procedimiento anterior señalado.

k) Se mantiene el procedimiento a través del juicio verbal, si bien, el juicio se señalará sin dar trámite al demandado para contestar por escrito a la demanda.

l) Los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes de los que pretenda valerse el demandado, deben aportarse para su traslado al demandante, con al menos tres días de antelación a la celebración de la vista, en garantía del derecho de defensa.

m) La sentencia se debe dictar en el mismo día, o al siguiente, y puede ser oral.

n) La sentencia puede ordenar la publicación parcial de la rectificación, eliminado las opiniones o juicios de valor, y permitir que se incluyan aquellos que deriven de la base fáctica en que se sustente el ejercicio de este derecho, y no resulten excesivos o impertinentes.

o) En cuanto al régimen de recursos, remite a la LEC.

El texto ha recibido observaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC[41] y del Consejo General del Poder Judicial[42].

IX. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, existen novedades en el Proyecto de Ley que responden a la evolución de la jurisprudencia de nuestro TC y TS como la posibilidad de incorporar opiniones o valoraciones

[41] Informe de la CNMV sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación. Memoria del análisis de impacto normativo, cuyo texto se puede consultar en https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/paginas/2025/2024-2109%20lo%20d%20rectificaci%C3%B3n/anteproyecto-de-leu-org-nica-reguladora-del-derech.aspx. Recuperado el 12 de febrero de 2026.

[42] Comunicación del Poder Judicial, día 12 de febrero de 2026. Cuyo texto se puede consultar en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-reguladora-del-ejercicio-del-derecho-de-rectificacion. Recuperado el 12 de febrero de 2026.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que deriven de la base fáctica, y que no resulte excesiva e impertinente, así como la necesidad de publicación de la rectificación mediante un nuevo enlace a la información original.

Hay novedades importantes, y responden a la nueva realidad social, que con el antiguo texto quedaban sin respuesta, como es el caso del derecho de rectificación frente a los creadores de contenido.

Procesalmente, pese a que no hay cambios de gran calado, sí que son sustanciales, por su especificidad. Considero adecuado la ampliación de los plazos, de siete a diez días o veinte para el ejercicio del derecho, si bien, considero que no debe ser desde la publicación de la noticia, sino desde que el afectado tenga conocimiento, ya que puede ocurrir, al ser un plazo tan perentorio, cuando el afectado tenga conocimiento, el plazo ya haya transcurrido. En cambio, no me muestro tan favorable a no contestación por escrito de la demanda, justificado en aras de la celeridad, pero en detrimento de la defensa de la parte demandante, imaginemos que en dicha contestación se planteara una excepción procesal, y más en procedimientos donde no es necesaria postulación.

En el plano sustantivo, entiendo que el texto debe respetar la doctrina jurisprudencial ya fijada por nuestros tribunales, por lo que, y en cuanto al contenido de la rectificación, se debería permitir la inclusión de opiniones o juicios de valor según los parámetros fijados por nuestra jurisprudencia.

X. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Artículos jurídicos

BANDRÉS ORÓÑEZ, L.C. “El derecho de rectificación”, Diario La Ley, nº 8837, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2016.

CARRILLO, M. “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española de 1978. (Comentario a la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 23.

LAZCANO BROTÓNS, I. “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de rectificación”, Comunicación y Pluralismo.

MARTÍNEZ CALVO, J. “El derecho de rectificación ante informaciones falsas o inexactas, con especial mención a las publicadas en internet”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4 (julio-septiembre, 2020) Estudios.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. “Protección del derecho al honor de las “víctimas” de los medios de comunicación mediante el ejercicio del derecho de rectificación”, Revista Bolivariana de Derecho, Nº 23, enero 2017.

Jurisprudencia del TC

STC nº 35/1983, de 11 de mayo.

STC nº 168/1986, de 22 de diciembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

STC nº 51/2007 de 12 de marzo.

STC nº 139/2021 de 12 de julio.

Jurisprudencia del TS

Auto TS, Sala Primera, de 22 de enero de 2002.

STS, Sala Primera, nº 376/2017 de 14 de junio.

STS, Sala Primera, nº 492/2017 de 13 de septiembre.

STS, Sala Primera, nº 570/2017 de 20 de octubre.

STS, Sala Primera, nº 519/2019 de 4 de octubre.

STS, Sala Primera, nº 594/2019, de 7 de noviembre.

STS, Sala Primera, nº 360/2020 de 24 de junio.

STS, Sala Primera, nº 199/2021, de 12 de abril

STS, Sala Primera, nº 253/2021 de 4 de mayo.

STS, Sala Primera, nº 709/2021 de 20 de octubre.

STS, Sala Primera, nº 818/2021 de 29 de noviembre.

STS, Sala Primera, nº 479/2023 de 11 de abril.

STS, Sala Primera, nº 32/2024, de 11 de enero.

STS, Sala Primera, nº 407/2024, de 19 de marzo.

STS, Sala Primera, nº 702/2024, de 20 de mayo.

STS, Sala Primera, nº 1025/2024 de 17 de julio.

STS, Sala Primera, nº 1470/2024, de 6 de noviembre.

STS, Sala Primera, nº 1500/2024, de 12 de noviembre.

STS, Sala Primera, nº 1656/2024 de 10 diciembre.

STS, Sala Primera, nº 1049/2025, de 1 de julio.

STS, Sala Primera, nº 4/2026, de 8 de enero.

Jurisprudencia de AP

AAP Cantabria, Sección 2ª, nº 226/2025, de 28 de noviembre.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA CLÁUSULA SUELO. NOVACIÓN Y RENUNCIA. EFECTOS DE LA NULIDAD

Sara Hernández García

Jueza sustituta adscrita al tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

SUMARIO: *I. La Cláusula Suelo. 1. Introducción. 2. Marco normativo aplicable. 3. Concepto y función económica de la cláusula suelo. a) Concepto de cláusula suelo como condición general de la contratación. b) La cláusula suelo y su función económica. 4. El control de transparencia. 5. La nulidad por abusividad de la cláusula suelo. II. Novación y Renuncia. 1. La novación contractual de la cláusula suelo. 2. La renuncia de acciones del consumidor. III. Efectos de la Nulidad. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

I. LA CLÁUSULA SUELO

1. Introducción

La cláusula suelo ha constituido uno de los fenómenos jurídicos más relevantes en los contratos relativos a los servicios bancarios, debiéndose señalar que los mismos son contratos de adhesión, como así lo reconoce la jurisprudencia, mereciendo la cláusula suelo la catalogación de condición general de la contratación, en los términos expuestos en los Artículos 1 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por tratarse de cláusulas contractuales cuya inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión, por ser predispuestas, es decir prerredactadas, no siendo fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos, cuya incorporación al contrato es impuesta por el empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento de la inclusión de las cláusulas, todo ello con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, y por ser redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, siendo incluida la cláusula suelo de forma masiva en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores.

La litigiosidad generada en torno a estas cláusulas obligó a los tribunales españoles y europeos a desarrollar una doctrina sólida sobre el control de transparencia y la protección del consumidor. Sin embargo, el conflicto no se agotó con la declaración de nulidad de dichas cláusulas, sino que se prolongó con la aparición de acuerdos de novación y cláusulas de renuncia de acciones, cuestiones a analizar a continuación.

2. Marco Normativo aplicable

El régimen jurídico de la cláusula suelo se articula a través de la Directiva 93/13/CEE, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Código Civil. Todos estos textos deben interpretarse conforme al principio de primacía del

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Derecho de la Unión Europea, existiendo una amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrolla el concepto de cláusula suelo, abusividad de la misma y las consecuencias de tal declaración, efectos de la nulidad de la cláusula, así como con posterioridad a la novación del contrato y renuncia a derechos por parte del consumidor.

3. Concepto y función económica de la Cláusula Suelo

a) Concepto de Cláusula Suelo como condición general de la contratación

Con carácter previo a examinar el concepto de cláusula suelo y su la función desempeñada por la misma, cabe precisar que se trata de una condición general de la contratación, para cuyo estudio es necesario traer a colación el contenido de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de Abril, sobre armonización de normas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que recoge que las cláusulas contractuales que no se han negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre los derechos de las partes y las obligaciones derivadas del contrato, en perjuicio del consumidor, argumentando que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios para los que se haya celebrado el contrato y considerando, en el momento de la celebración del contrato, todas las circunstancias que concurran en la conclusión del mismo y todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa (artículo 3 y 4 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 de abril.

Así, debe partirse de la consideración de la cláusula suelo, como condición general de la contratación, siendo de obligado cumplimiento por parte del juez nacional el examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato, al que la Directiva señalada resulta de aplicación, debiéndose hacer teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato en cuestión, y considerando en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran, como señala el Auto del TJUE de 11 de Junio de 2015.

En el ámbito nacional, especial trascendencia en la materia tuvo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 que analizó la llamada cláusula suelo, a la que conceptúa como clausula definitoria del contrato, concepto mantenido y desarrollado por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2015, conforme a la cual la exigencia de que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente que deba su redacción posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (Artículos 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC), facilitando al cliente conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

para él el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, sino además impide que puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

b) La Cláusula Suelo y su función económica

El concepto de cláusula suelo se desarrolla con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, plasmándose en la misma tanto su concepto como su funcionamiento, exponiendo, en sus considerandos 21 a 25, el concepto de que los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados con hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables, caso éste último en el que el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos, por un lado el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año) y por otro el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia (…), y para limitar esas eventuales oscilaciones pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo -, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Esta limitación a la baja supone que si el interés desciende por debajo del tope fijado (suelo) las mismas implican que tal bajada no se pueda trasladar al prestatario, por lo que consiste en la fijación de un límite mínimo al tipo de interés aplicable al préstamo, de modo que el prestatario no puede beneficiarse de descensos significativos del índice de referencia, y aunque formalmente afecta al precio del contrato, su impacto económico es estructural, pues altera el reparto del riesgo propio del préstamo a interés variable. Esta configuración transforma de facto el contrato con un interés variable en un préstamo a interés casi fijo, sin que el consumidor sea consciente de ello en el momento de la contratación.

4. El control de transparencia

Como anteriormente se señaló, la cláusula suelo es una condición general de la contratación, que debe ser examinada al amparo de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de Abril, sobre armonización de normas sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, del que se desprende que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, tratándose los contratos bancarios de contratos de adhesión, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos básicos:

a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Es el denominado control de transparencia material un parámetro de validez de la cláusula predispuesta, lo que implica que cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Así, el control de transparencia material implica que las cláusulas contractuales, y en concreto, el objeto de estudio, la denominada cláusula suelo, no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

Como afirma el IC 2000,"[..] el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa."

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2.013 concluyó que los contratos bancarios que incluían estas cláusulas limitativas del interés variable, se ofertaban como préstamos con un interés variable, sin embargo dada tal limitación, se convertían en la práctica en múltiples ocasiones en préstamos con un interés fijo, sin que la información que se ofrecía al prestatario consumidor acerca de tal clausulado fuera adecuada, lo cual unido a la falta de claridad de la cláusula, obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo y conllevar a error al consumidor sobre la importancia de la cláusula misma en el comportamiento económico del contrato de préstamo.

En base a tales parámetros se puede concluir, que las cláusulas suelo no superan el control de transparencia cuando concurren los siguientes elementos:

a. Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
b. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de estas.
c. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

d. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e. Normalmente se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Sin embargo, las cláusulas suelo serán lícitas y superarán el control de transparencia siempre que su incorporación y redacción permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, de tal manera que es preciso que el prestatario consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia, de tal forma que esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, como ha señalado la citada sentencia de Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013.

5. La nulidad por abusividad de la cláusula suelo

Realizado el control de transparencia material de la cláusula suelo incorporada al contrato, y si la misma no supera el mismo, causando un evidente desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007), el Juez o Tribunal debe declarar la misma como abusiva siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el párrafo 225 de su Sentencia n º 241/2013, de 9 de Mayo, por lo que si la cláusula contractual no supera el control de transparencia exigido por el Tribunal Supremo y debe ser declarada abusiva por falta de transparencia, de conformidad al Artículo 83.1 del TRLGDCU debe ser declarada nula de pleno derecho y tenerse por no puesta, sin que sea posible pensar en la integración de dicha cláusula a través del Artículo 83.2 del Texto Refundido, debiendo al respecto traer a colación la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 14 de Junio de 2012 (asunto C-618/10) que, en su pronunciamiento segundo, concluye que es contraria al Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993 una normativa de un Estado miembro, como el Artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, que atribuye al juez nacional cuando declara la nulidad de una cláusula contractual por abusiva la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, por lo que en todo caso, declarada la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, ésta se tendrá por no puesta eliminándose del contrato.

II. NOVACIÓN Y RENUNCIA

1. La novación contractual de la cláusula suelo

Tras la declaración de nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios, las entidades financieras promovieron acuerdos de novación modificativa eliminando dicha cláusula. De tal

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

manera que declarada nula la cláusula suelo incorporada en origen al contrato, y teniendo presente que la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013 estableció que la consecuencia sería tenerla por no puestas, como se analizará más adelante, la cuestión controvertida sería en qué medida esta nulidad de la cláusula suelo inicial puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior, novación modificativa del contrato, es decir, si la nulidad de la cláusula suelo originaria por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia.

Por lo que se refiere a la modificación o novación de la cláusula suelo, el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (sentencias 489/2018, de 13 de septiembre , 548/2018, de 5 de octubre , y 101/2019, de 18 de febrero) declaró la posibilidad de modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, y esta última cláusula cumpla con las exigencias de transparencia, es decir, esta nueva cláusula incorporada por la novación del contrato debe pasar el control de transparencia del mismo modo que se señaló para la incorporación de la cláusula suelo, cumpliendo los requisitos de información y comprensión por el consumidor medio de las consecuencias económicas de lo que se está suscribiendo, esto es, las consecuencias económicas que implican para la vida del contrato la novación del contrato con la eliminación o modificación en su caso, de la cláusula suelo originariamente incorporada en el contrato, por lo que las pautas interpretativas expuestas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo. Para ello ha de partirse de las circunstancias concurrentes en el momento de la suscripción de la cláusula modificativa, esto es, el contexto en que se lleva a cabo la novación, pues el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013 provocó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, si bien la simple declaración por el prestatario afirmando conocer las consecuencias económicas de la modificación de la cláusula suelo, en el supuesto de que ésta se modifique a la baja, y no se suprima, no se puede considerar suficiente para afirmar que este contrato de novación se negoció individualmente, debiéndose estar a otro elementos, como la información facilitada por la entidad bancaria al consumidor para poder apreciar la transparencia, entendiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en un índice inferior al previamente establecido, debiéndose mencionar la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

tipo de interés, cuando no se trate de la supresión total de la cláusula, para que el consumidor pueda tener conocimiento de la consecuencia económica de la novación que va a suscribir.

Por lo tanto, en los casos de modificación a la baja de la cláusula suelo, si se cumplen los requisitos requeridos por el Tribunal Supremo para superar el control de transparencia de las cláusulas contractuales, se tendría por válida la nueva cláusula, aunque se pudiera declarar la nulidad de la cláusula originaria modificada si no se cumplían los requisitos de transparencia, con el consiguiente efecto de que se considere que no ha producido efectos y por lo tanto todo lo que se hubiera cobrado de más en aplicación de esa originaria cláusula deba ser restituido al consumidor, sin que la novación posterior valide la cláusula suelo originariamente suscrita, siendo válida, siempre que supere el control de transparencia, y produciendo efectos únicamente desde la suscripción de la novación, sin perjuicio de la nulidad radical de la originaria cláusula suelo.

Del mismo modo, si con la novación se suprimiera la cláusula suelo originariamente inserta en el contrato, ello no implica la validez de la cláusula en cuestión, pues no la subsana, pudiéndose declarar la nulidad de la cláusula suelo originaria si ésta no cumpliera los requisitos de transparencia, con efectos desde su incorporación al contrato hasta la fecha de su supresión por la novación efectuada, y ello con independencia de si opera con el acreedor con el que se firma el préstamo hipotecario inicial, o con una nueva entidad que se subroga en la posición de aquel, pues en este segundo caso, la solución no difiere, ya que también aquí resulta especialmente relevante si la cláusula suelo se inserta *ex novo* en la escritura de subrogación o si se aprovecha este momento para reducir el límite mínimo de la cláusula preexistente, sobre todo si, además, ha entrado en funcionamiento y de este modo permite a los prestatarios darse cuenta de sus efectos negativos, debiéndose cumplir en este momento los requisitos de información y comprensión requeridos por el exigido control de transparencia, requisitos que se han de cumplir en el momento de incorporación de estas cláusulas, sea cual sea, y con independencia de si se trata del acreedor inicial o se trata de un segundo o tercer acreedor subrogado, quedando todos ellos obligados del mismo modo a cumplir con los requisitos exigidos por el control de transparencia.

2. La renuncia de acciones del consumidor

Como se ha señalado, una vez que se fijaron los criterios para determinar la nulidad de las cláusulas suelos introducidas en los contratos de préstamo hipotecario, las entidades bancarias comenzaron a suscribir novaciones de contrato, bien para modificar, reduciendo, el límite a la variación del interés variable, esto es, revisando a la baja la cláusula suelo, o en el mejor de los casos suprimiéndola, y junto con ello incorporaron cláusulas de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional.

Respecto a tal acuerdo transaccional de renuncia de derechos y acciones, hay que recordar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual "la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos" por lo que se evidencia de nuevo el control de transparencia, con el deber inherente de información que conlleve una adecuada comprensión por parte del prestatario que suscribe tal renuncia, siendo plenamente consciente de las consecuencias económicas que ello implica.

Al respecto, el Tribunal de Justicia Europeo, en su sentencia de 9 de julio de 2.020 admitió la validez de las mismas siempre que no se refieran a controversias futuras y hubieran sido individualmente negociada y libremente aceptadas, pues en caso de no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula pudiendo ser calificada como abusiva cuando el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula de renuncia, siempre teniendo presente que la renuncia a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y así la renuncia a en genérico a cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado del contrato de préstamo, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha por ejemplo, no puede tener validez, pues en la medida en que la cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, esto es, renuncia a ejercicio de acciones dirigidas a pretender la declaración de nulidad de la cláusula suelo, no puede reconocerse su validez, siendo cláusulas que son incluidas por las entidades bancarias en su propio interés, debiendo tenerse por no puestas y por ello han de ser removidas de los contratos transaccionales en que se incluyan, pudiendo subsistir el resto del acuerdo en el momento en que fue alcanzado si cumple las exigencias de transparencia.

Resulta importante hacer hincapié en que, de la misma forma que el acuerdo posterior no subsana la falta de transparencia que pudiera afectar a la cláusula originaria, su nulidad tampoco se extiende automáticamente a novaciones o acuerdos posteriores, que pueden ser válidos, tal y como señala, entre otras, la STS 101/2019, de 18 de febrero siempre que estos se hubieran negociado entre las partes, o en su defecto, cuando se hubiera empleado una cláusula contractual predispuesta por el empresario en la contratación con un consumidor, dicha cláusula cumpliera con las reseñadas exigencias de transparencia.

Como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 554/22 de 8 de julio para la validez de la renuncia de acciones por parte del consumidor se requiere que reúna los requisitos de claridad y comprensibilidad, de tal manera que el consumidor pueda entender a qué se renuncia y sus consecuencias, debiéndose informar al

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

consumidor de cuáles serían las consecuencias jurídicas y económicas de una renuncia al ejercicio de acciones dirigidas a la declaración de abusividad de la cláusula suelo y la consiguiente restitución de lo pagado en aplicación de dicha cláusula, por lo que estas cláusulas de renuncia de acciones habrán de superar el control de transparencia para que puedan tenerse por válidas.

III. EFECTOS DE LA NULIDAD

Como anteriormente se señaló, y como estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.013, STS nº 241/13, el efecto principal de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo es tenerla por no puesta, y el efecto de esta nulidad, conforme al principio de efectividad consagrado en el art. 6.1 de la Directiva [93/13/CEE], sería que la cláusula no vincule al consumidor, esto es, que se tuviera por no puesta al consumidor y, en consecuencia, si se hubiera llegado a aplicar la citada cláusula, tal declaración tendría unas consecuencias económicas, de tal manera que deberían restituirse las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación indebida de aquella.

Por lo que se refiere a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad de la " Clausula Suelo" el propio Tribunal Supremo en la tan mencionada Sentencia de 9 de Mayo de 2013 reconocía que como regla general (par. 283) nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos, o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto), lo que así dispone el Artículo 1303 del Código Civil, aludiendo a Sentencias del propio Tribunal Supremo anteriores como la n. º 118/2012 de 13 de Marzo, y la Jurisprudencia Comunitaria, STJUE 21.03.2013.

No obstante, la misma Sentencia del Tribunal Supremo, tras esta inicial declaración, a reglón seguido sostenía la posibilidad de limitar la retroactividad de la declaración de nulidad, acudiendo a sendas jurisprudencias, así la STS n. º 118/2012, de 13 de Marzo admite la limitación de la retroactividad sobre el fundamento de evitar que una de las partes en el contrato se enriquezca sin causa a costa de la otra, y la STJUE 21.03.2013 alude como fundamento a la buena fe de los círculos interesados y al riesgo de trastornos graves en caso de no imponerse límite alguno, concluyendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 declarando la irretroactividad de la resolución, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Sin embargo, atendiendo a jurisprudencia posterior, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2.016, hace una interpretación de los efectos temporales de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, y señaló que *la Directiva 93/13/CEE del Consejo*, de 5 de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que ***se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo****, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un* ***contrato celebrado con un consumidor*** *por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*

Por lo tanto, al amparo de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia interpretativa de la misma del TJUE, declarada la nulidad de la cláusula procederá la restitución de todas las cantidades abonadas por la aplicación de la citada cláusula desde que la misma se incorporó al contrato.

Sin embargo, y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1662/2024, de 10 de diciembre de 2024, *hay que diferenciar los contratos amparados por tal normativa de los anteriores a la misma, y así, en el examen de la prescripción de la acción de restitución de pagos indebidos en un contrato anterior a la fecha de aplicación de la Directiva 93/13 (31 de diciembre de 1994), declaró que en estos contratos la prescripción de la acción de restitución se rige por las normas del Código Civil y no por la Directiva sobre cláusulas abusivas, ni por la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, puesto que "·1.-Cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario no se había promulgado la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos consumidores, por lo que no resulta de aplicación al caso, así como tampoco la jurisprudencia del TJUE interpretativa de su articulado, ni es predicable la interpretación conforme, ya que el contrato litigioso no estaba en su ámbito de aplicación. Debe tenerse en cuenta que el art. 10.1, párrafo segundo, de la propia Directiva establece que sus disposiciones "se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994".*

Así, y para finalizar, respecto de los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Directiva 93/13, la acción de restitutoria se reiría por el Código Civil, y cabría la prescripción de la acción restitutoria si en el momento de su ejercicio hubiera transcurrido el plazo de prescripción fijado en el Código Civil, esto es, quince años

Al margen de este especial supuesto, el efecto de la nulidad de la cláusula suelo y su principal consecuencia económica será la restitución de todas las cantidades que el consumidor hubiera abonado por la aplicación de esta.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, las cláusulas suelo son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, pues afecta de modo considerable al precio que ha de pagar el prestatario adherente, y como cualquier condición general de la contratación está sometida al control de incorporación previsto en los artículos 5.5 y 7 de la Ley sobre

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Condiciones Generales de la Contratación, debiendo superar el control de transparencia, lo que implica que el consumidor prestatario tiene que ser informado de la existencia de la cláusula suelo en cuestión, así como de su funcionamiento y de las consecuencias económicas que conlleva la misma, además del deber del prestamista de asegurarse de que el prestatario ha comprendido con tal información las consecuencias económicas y jurídicas que la suscripción del contrato con tal clausulado lleva consigo.

Sin embargo, no puede afirmarse que toda cláusula suelo sea abusiva, pues las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia "permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/13 de 9 de mayo, es decir, estas cláusulas no son nulas en sí mismas, sino que para ello es necesario que no superen el control de transparencia.

Lo mismo debe predicarse de la novación de estas cláusulas, pues fue habitual que tras el dictado de la STS de 9 de mayo de 2.013 las entidades bancarias suscribieran con los prestatarios novaciones de los contratos de préstamo hipotecario en las que se revisaban a la baja las mismas, unas veces, o se suprimían tales cláusulas en los mejores de los casos, siendo estas novaciones válidas si superaban el control de transparencia del mismo modo que la inicial cláusula suelo, por lo que para que dichas novaciones fueran válidas debía informarse previamente al consumidor de las consecuencias económicas y jurídicas de las mismas, y ello sin que en ningún caso esta novación subsanara en modo alguno la inicial cláusula suelo, de tal manera que la validez de la novación no implicaba la no nulidad de la inicial cláusula suelo si ésta no había superado el control de transparencia y por lo tanto se declararía la nulidad de la misma desde su origen hasta el momento de la novación.

Del mismo modo, respecto de los acuerdos de renuncia a acciones por parte del consumidor, la jurisprudencia ha amparado su validez siempre que se haya informado al consumidor de las consecuencias económicas de tal renuncia y ésta haya prestado libre y conscientemente su consentimiento al respecto, puesto que en caso contrario no superaría el control de transparencia y estas cláusulas de renuncia a acciones, normalmente incorporadas a los contratos de novación, serían nulas por abusivas, teniendo como consecuencia el tenerlas por no puestas.

Por último, respecto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, vienen fijados desde la STS nº 241/13 de 9 de mayo, debiéndose tener por no puesta la cláusula suelo que no hubiera superado el control de transparencia, siendo declarada nula por abusiva, con la consecuencias económicas inherentes a la misma, que por aplicación de la Directiva 93/13 CEE son la restitución de las cantidades que se hubieran abonado por

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

el consumidor en aplicación de la misma, desde su incorporación hasta la supresión definitiva de la cláusula suelo.

V. BIBLIOGRAFÍA

Referencias de legislación

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, n.º 95, 21 de abril de 1993. Disponible en: http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Boletín Oficial del Estado, n.º 65, 16 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2019/03/15/5/com.

Real Decreto Legislativo 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. Boletín Oficial del Estado, n.º 287, 30 de noviembre de 2007. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/com.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, n.º 206, 25 de julio de 1889. Disponible en: https:// www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/com.

Referencias jurisprudencia

STS nº 241/2013 de 9 de mayo. ROJ STS 1916/2013.

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2015.

STS 101/2019 de 18 de febrero, ECLI:ES:TS:2019:510.

STS 580/20 de 5 de noviembre. ROJ STS 3549/20.

STS 581/2020, de 5 de noviembre. ROJ STS 3593/20.

STS 1662/2024 de 10 de diciembre.

STS 554/22 de 8 de julio. ROJ STS 2919/22.

Auto del TJUE de 11 de Junio de 2015.

STJUE de 9 de julio de 2.020 (C-452/18).

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 14 de Junio de 2012 (asunto C-618/10).

Bibliografía de consulta

Davinia Cadenco Osuna "La cláusula de renuncia a la reclamación de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula suelo" Revista de Derecho Privado. 2.021

María Cruz Aparicio Redondo "Efectos de la actuación de las partes con posterioridad a la contratación : convalidación, novación, transacción, renuncia de acciones. Especial referencia a las cláusulas suelo". Cuadernos Digitales de Formación. Nº 37. 2.019 Consejo General del Poder Judicial.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

EVOLUCIÓN, TENSIONES SISTÉMICAS Y PERSPECTIVAS CRÍTICAS EN EL DERECHO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA MÉDICA

M.ª Inmaculada Fernández Serna

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

SUMARIO: *I. Introducción. II. Los requisitos de la responsabilidad civil sanitaria. 1. La culpa y el criterio de la lex artis. 2. El daño, la relación entre la dimensión patrimonial y la no patrimonial. 3. El nexo causal. III. Las dificultades probatorias y los mecanismos de flexibilización. IV. El rol del consentimiento informado y la crisis del paradigma clásico. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, la responsabilidad civil en el marco sanitario ha sido testigo de una evolución intensa, pero también paradigmática. Estos cambios no pueden concebirse solo en el contexto de un análisis normativo o jurisprudencial, sino que necesita de una premisa más extensa y con la capacidad de identificar los marcados cambios sociales, culturales y científicos que han permitido redefinir el rol de la medicina en la sociedad actual[1].

Como ha señalado de forma notable la doctrina, el incremento de los litigios en el ámbito sanitario, no viene derivado de un aumento de los errores propios de la práctica médica, sino de un aumento de la conciencia de los derechos que poseen los pacientes y de una erosión progresiva del anterior modelo paternalista, el cual se caracterizaba el vínculo médico-paciente de antaño[2]. De esta forma, el paciente ya se contempla como un mero sujeto pasivo, sino que se ha transformado en un actor informado y exigente, el cual puede que reivindicar el derecho a escoger, comprender y cuestionar[3].

De manera paralela, la evolución tecnológica también ha supuesto una contribución esencial para el desarrollo de una representación social de la medicina como ciencia que tiene la capacidad de brindar soluciones definitivas y seguras[4]. No obstante, la citada percepción supone un choque claro con la naturaleza

[1] PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 2–4.

[2] GALÁN CORTÉS, J., Responsabilidad civil médica, Madrid, Civitas, 2020, pp. 19–25.

[3] HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo. En CASADO BLANCO, M., IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (coords.)., *Responsabilidad en medicina y cirugía* (pp. 11-18), Badajoz, Funcomeba, 2020, pp. 13–14; BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J. (Coords.), Responsabilidad jurídica médica, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, 2022, pp. 33–35.

[4] PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 2–3.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

intrínsecamente probabilística e incierta de toda la actividad médica, lo cual genera una brecha entre expectativas y resultados que, de forma habitual, termina derivando en litigios[5].

En este escenario, la responsabilidad civil médica emerge como una herramienta de regulación compleja, la cual tiene el objetivo de mantener cierto equilibrio de las distintas necesidades, como es el caso de la protección del paciente, la seguridad jurídica del profesional sanitario y la sostenibilidad del sistema sanitario[6]. Acorde con esta premisa, el presente artículo tiene como objetivo el analizar la citada evolución de la responsabilidad civil en la práctica médica, identificando los principales hallazgos en materia normativa, doctrinal y jurisprudencial.

II. LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. La culpa y el criterio de la *lex artis*

En el derecho de la responsabilidad civil sanitaria, la culpa representa la piedra angular de la imputación jurídica del daño. No obstante, y como una diferencia notable en otros marcos del derecho civil, ya que, su determinación no puede llevarse a cabo por medio de criterios netamente abstractos, sino que necesita de un estudio profundamente contextualizado y que se base en el parámetro de la *lex artis ad hoc,* considerado como un criterio de carácter técnico-jurídico de la diligencia profesional[7].

Sin embargo, la *lex artis* no es una representación de un conjunto rígido y codificado de distintas normas, sino que se concibe como un criterio dinámico, el cual se va desarrollando en relación con el nivel de los conocimientos científicos, las particularidades específicas del caso y los recursos de los que disponen en el momento de la intervención sanitaria, acorde con la propia evolución de los estándares médicos y los protocolos que se aplican en la práctica clínica[8].

En este marco, el mismo se va configurando como un estándar flexible, el cual facilita la evaluación de la diligencia del profesional sanitario, pero no en términos absolutos, sino que a tenor de las distintas condiciones específicas en las que se produjo la práctica médica, lo que respalda el matiz conceptual y no meramente normativo[9].

De esta manera, la jurisprudencia también ha venido a reiterar de forma constante que el médico no puede asumir la obligación de resultado[10], sino que tiene que ser de medios, viéndose obligado a realizar diversas

[5] JIMÉNEZ LÓPEZ, M., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria. Madrid, Tecnos, 2011, pp. 15-16.
[6] HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo, Badajoz, Funcomeba, 2020, pp. 13.
[7] PUEYO CALLEJA, F., La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa, DS: Derecho y salud, 2009, vol. 17, no 1, p. 85.
[8] PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 101-108.
[9] HIDALGO FERNÁNDEZ, P. Lex artis. El buen quehacer del médico. En CASADO BLANCO, M., IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (coords.), Responsabilidad en medicina y cirugía (pp. 33-42). Badajoz, Funcomeba, 2020, pp. 35-36.
[10] STS 291/2010, de 29 de enero de 2010, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2010:291; STS 6873/2009, de 20 de noviembre

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

actividades diligentes y apropiadas acorde con las directrices de la práctica médica, acorde con la definición clásica de la responsabilidad sanitaria como responsabilidad por culpa[11].

No obstante, el enfoque en cuestión no conlleva una exclusión de la posibilidad de definir la culpa inclusive frente a la carencia de errores a nivel macroscópico, especialmente en el caso que se identifique una desviación en relación con los protocolos científicos o a carencias en la valoración del caso concreto, aplicando en el mismo el estándar de la *lex artis* y del estudio casuístico de la conducta profesional[12].

Asimismo, el aumento de la complejidad de la medicina moderna, que se caracteriza por una alta especialización y una gestión del trabajo cada vez más colegiada, hace que la evaluación de la culpa sea mucho más difícil, especialmente en marcos de actuación sanitaria en equipos y estructuras sanitarias complejas[13].

Por ende, ya no podemos hablar de juzgar solamente la conducta de médico en particular, sino que es necesario estudiar el funcionamiento global de un mecanismo sanitario dentro del cual pueden interactuar diferentes profesionales y niveles de responsabilidad, lo que supone una visión sistémica de la imputación jurídica del daño[14].

En este ámbito, se pone especial relieve a la tensión que surge entre dos demandas que se contemplan como contrapuestas, y es que, por un lado, se pretende evitar una responsabilidad excesivamente rígida, la cual puede terminar penalizando la actividad médica. Mientras que, por otro, se pretende garantizar una salvaguarda efectiva del paciente, previniendo que una posible incertidumbre científica pueda transformase en un motivo para excluir la responsabilidad, dentro de un marco claramente influenciado por la incipiente judicialización de la medicina y la necesidad de mantener cierto equilibrio en el sistema[15].

2. El daño, la relación entre la dimensión patrimonial y la no patrimonial

En lo que respecta al daño, el mismo conforma un elemento esencial de la responsabilidad civil sanitaria, aunque la concepción de esta ha sufrido cambios importantes, lo que generado una extensión progresiva de las categorías que se pueden indemnizar en el citado ámbito[16].

de 2009, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2009:6873; STS 2572/2007, de 26 de abril de 2007, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2007:2572

11 PUEYO CALLEJA, F., La responsabilidad, Derecho y salud, 2009, vol. 17, no 1, pp. 86-87.

12 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista, En BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J., Responsabilidad jurídica médica (pp. 151-252), Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, pp. 155-156.

13 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Negligencias, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, pp. 155-156.

14 GARCÍA CALVO, M., Causalidad jurídica versus causalidad médica, Ciencia Forense, 2017, vol. 29, no 48, pp. 1577-1578.

15 HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo, Badajoz, Funcomeba, 2020, p. 14.

16 PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 314-325.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

De forma tradicional, el daño se diferencia entre el patrimonial y no patrimonial, siendo el primero el que contempla las pérdidas económicas sufridas por el paciente, como los gastos médicos o la pérdida de ingresos. Al mismo tiempo, el segundo daño hace alusión a los perjuicios en el ámbito personal, como acontece con el dolor físico, el sufrimiento psíquico o el deterioro de la calidad de vida, conforme a la sistematización clásica del daño dentro de la responsabilidad sanitaria[17].

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina han permitido reconocer de forma progresiva que la citada diferencia, aunque esencial, no es suficiente para comprender la complejidad del daño a nivel sanitario[18]. Específicamente, se ha sostenido la importancia de los tipos de daño autónomos, donde encontramos una pérdida clara de oportunidades y la vulneración del derecho a la autodeterminación, como claras manifestaciones de la evolución del daño resarcible durante la práctica sanitaria[19].

La última en cuestión, ostenta una importancia esencial en el marco actual, ya que evidencia un cambio en la relación médico-paciente, porque el paciente ya no es solamente el destinatario de cuidados, sino que también es un titular de un derecho esencial, como es el caso de decidir de manera consciente respecto a su propio cuerpo e itinerario terapéutico, en la misma línea que establece la consolidación del principio de autonomía del paciente y del consentimiento informado como piedra angular del sistema sanitario[20].

En esta línea, los daños no se limitan a la dimensión biológica, sino que se amplía al marco existencial y relacional, evidenciando que la responsabilidad médica no puede limitarse a una simple cuestión técnica[21].

3. El nexo causal

El nexo causal conforma uno de los elementos que generan mayores problemas sobre la responsabilidad sanitaria, porque se posiciona en el límite de la ciencia y el derecho. Desde una premisa científica, la causalidad tiene su base en las leyes naturales y en relaciones de carácter determinista o probabilístico. No obstante, el ámbito jurídico, ejerce una labor distinta, sino que se centra en reconocer todas las causas de un suceso, y escoger las que son jurídicamente importante en materia de imputación de la responsabilidad[22].

Como ha evidenciado la doctrina, la causalidad jurídica no suele coincidir con la perspectiva médica, sino que se considera como el resultado de un procedimiento de elección normativa. Esto conlleva que los jueces deban

[17] PUEYO CALLEJA, F., La responsabilidad, Derecho y salud, 2009, vol. 17, no 1, pp. 88-89.
[18] Véase la SAP B 6305/2018, de 25 de junio de 2018, ECLI:ES:APB:2018:6305
[19] BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J., Responsabilidad, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, 2022, pp. 35–37.
[20] ARBESÚ GONZÁLEZ, V., La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 49-51.
[21] Vid. JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M., La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, vol. 26, no 2, pp. 221-250.
[22] GARCÍA CALVO, M., Causalidad, Ciencia Forense, 2017, vol. 29, no 48, pp. 1575-1593.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

llevar a cabo una valoración compleja, la cual considere no solamente los elementos científicos, sino también los criterios de razonabilidad y equidad[23].

En el marco sanitario, la citada evaluación se dificulta de manera sustancial cuando existen elementos concurrentes, como es el caso de la variabilidad de las condiciones clínicas y la posible incertidumbre científica. Por esta razón, la jurisprudencia española ha recurrido a diferentes criterios probabilísticos, como el de "más probable que no", con el objetivo de definir el nexo causal[24].

No obstante, el citado enfoque puede plantear problemas sustanciales, porque se ve en peligro de atribuir la responsabilidad acorde con un nivel de probabilidad, más que de una certeza clara, lo que acerca el mecanismo a formas de responsabilidad atenuada o indirecta, especialmente en contextos de causalidad incierta[25].

III. LAS DIFICULTADES PROBATORIAS Y LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIZACIÓN

Uno de los elementos más importantes de la responsabilidad médica hace referencia a la prueba. De esta forma, el paciente se puede encontrar en una postura de desventaja, ya que tiene la obligación de evidenciar una serie de aspectos complejos sin contar con toda la información y los conocimientos indispensables para ello, lo que evidencia la asimetría informativa que caracteriza esta clase de procesos[26].

Como consecuencia, y con el fin de superar la dificultad mencionada, la jurisprudencia ha permitido desarrollar el principio de la distribución dinámica de la carga de la prueba, acorde con el cual, la carga de prueba se tiene que atribuir a la parte que tiene una mejor posición para aportarla, aplicando en este caso el criterio de facilidad probatoria[27]. Este principio conlleva una innovación sustancial en relación con el modelo tradicional, ya que facilita la adaptación de las normas probatorias, atendiendo a las particularidades del caso concreto, promoviendo una igualdad procesal mayor entre las partes[28].Asimismo, la documentación sanitaria, y en particular la historia clínica de cada paciente ejerce un rol esencial dentro del proceso probatorio. Esto conforma una herramienta por medio de la cual, existe la posibilidad de reconstruir la labor de los profesionales sanitarios y valorar las posibles correcciones en su conducta, específicamente en lo que respecta al cumplimiento de la *lex artis*[29].

[23] Vid. ARBOINE CIPHAS, M., Causalidad y responsabilidad médica, Medicina Legal de Costa Rica, 2015, vol. 32, no 2, pp. 33-40.
[24] GARCÍA CALVO, M., Causalidad, Ciencia Forense, 2017, vol. 29, no 48, pp. 1575-1593.
[25] SOLÉ FELIU, J., Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria, Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, no 1, pp. 56-58.
[26] ALBI NUEVO, J., La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, no 8, pp. 259-260.
[27] SOLÉ FELIU, J., Mecanismos, Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, no 1, pp. 56-57.
[28] ALBI NUEVO, J., La carga, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, no 8, p. 260.
[29] ALBI NUEVO, J., La carga, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, no 8, p. 260.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

De esta forma, la falta de información, o ausencia de esta, podría suponer una serie de consecuencias sustanciales, ya que incide en la valoración de las pruebas y en la distribución de la carga de la prueba durante los casos citados, pudiendo incluso operar en perjuicio del profesional sanitario en los casos en que complica la reconstrucción de lo sucedido[30].

Además de la redistribución de la carga de la prueba, se han definido distintas presunciones jurisprudenciales, las cuales permiten identificar la responsabilidad en presencia de determinadas circunstancias. Entre las mismas podemos encontrar la doctrina del daño desproporcionado, el *res ipsa loquitur*[31], y la prueba *prima facie*[32]. Por ende, los citados instrumentos se basan en la idea de que algunos hechos acontecidos, por su naturaleza, difícilmente se podrían producir si no hubiera existido la negligencia, definiéndose como herramientas de facilitación probatoria en el marco sanitario[33].

Acorde con la citada premisa, la evolución de la jurisprudencia[34] en lo relacionado con la responsabilidad médica es un reflejo de la ampliación progresiva de la protección de los pacientes, y de una atención más detallada respecto a las particularidades del contexto sanitario[35].

Específicamente, se ha apreciado un refuerzo notable en el rol del consentimiento informado, contemplando una consideración importante en las expectativas del propio paciente, así como una flexibilización de los distintos criterios probatorios[36].

Asimismo, dentro del marco de la medicina estética, la evolución en cuestión resulta esencialmente evidente, porque la prestación de los servicios sanitarios se puede acercar a una premisa lógica de resultados, en la que el supuesto de no llegar al resultado esperado es posible adquirir una importancia jurídica sustancial[37].

IV. EL ROL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA CRISIS DEL PARADIGMA CLÁSICO

A tenor de lo expuesto, el consentimiento informado forma parte de una de las bases de la responsabilidad médica actual. Por ende, se convierte en la expresión del derecho esencial de los pacientes respecto a la

30 Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho Sanitario y responsabilidad médica, Valladolid, Lex Nova, 2007.

31 STS 302/2026, de 4 de febrero de 2026, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2026:302; STS 2150/2025, de 13 de mayo de 2025, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2025:2150

32 STS 7204/2010, de 9 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2010:7204

33 SOLÉ FELIU, J., Mecanismos, Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, no 1, pp. 56-58.

34 SAP MA 5224/2021, de 23 de julio de 2021, ECLI:ES:APMA:2021:5224

35 PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 2-6.

36 BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J., Responsabilidad, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, 2022, pp. 33-35.

37 MONTALVO REBUELTA, P., Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética., Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, no 8, pp. 196- 197.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

autodeterminación y emerge como un requisito básico para legitimar de la intervención sanitaria, acorde con su consolidación como elemento clave del modelo sanitario actual[38].

Por ende, la violación de este puede conllevar a una responsabilidad, inclusive en ausencia de error técnico, definiendo de esta manera en un daño autónomo en el marco de la responsabilidad sanitaria[39]. Además, el modelo tradicional de responsabilidad civil, que se basaba en el trinomio culpa-daño-nexo causal, puede ser contemplado actualmente como un elemento inapropiado para dar respuesta a los retos de la medicina actual, como consecuencia de la propia complejidad de todo el sistema sanitario[40].

Como consecuencia, el aumento de la complejidad propia de la práctica sanitaria, la falta de evidencia científica y los problemas probatorios han conllevado a una flexibilización progresiva de los criterios de responsabilidad, el cual se ve en peligro de derivar en un tipo de responsabilidad casi objetiva, específicamente en marcos de incertidumbre causal[41].

La citada evolución, aunque es una respuesta frente a la necesidad de salvaguardar a los pacientes, ya que conlleva importantes riesgos, entre los que encontramos la difusión de la medicina defensiva y el incremento de los costes del sistema sanitario, incidiendo en el equilibrio de todo el sistema de atención sanitaria[42].

V. CONCLUSIONES

La responsabilidad civil por negligencia médica se ha configurado en los últimos años como un marco que se ha venido caracterizando por tensiones profundas y cambios sustanciales. Como consecuencia, la evolución en cuestión es un reflejo del intento de ajustar el derecho a las nuevas demandas de la sociedad y de la medicina.

En la medicina actual, el daño suele ser el resultado de fallos en los protocolos de actuación o de gestión, transitando de una responsabilidad por culpa a una responsabilidad de organización. El daño conforma así un elemento esencial de la responsabilidad civil sanitaria.

Resulta necesario ir más allá de un enfoque meramente punitivo, priorizando la seguridad del paciente, evitando, en la medida de lo posible, los riesgos.

---

38 BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J., Responsabilidad, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, 2022, pp. 33-35; HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo, Badajoz, Funcomeba, 2020, p. 13.

39 PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral, pp. 374-376.

40 SOLÉ FELIU, J., Mecanismos, Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5, no 1, pp. 56-57.

41 Véase CÓRDOVA LÓPEZ, O., Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2019, vol. 10, no 12, pp. 105-129.

42 HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo, Badajoz, Funcomeba, 2020, pp. 13-14.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En ocasiones, es el propio sistema de gestión sanitaria el germen del riesgo debido a la limitación de los recursos disponibles, debiendo en estos casos la institución sanitaria la que deba asumir el daño causado. En este sentido, la administración de los recursos disponibles resulta determinante para la salud del paciente.

Se debe dejar de ver el error como algo fortuito puesto que, en muchas ocasiones, es producto de una estructura organizativa que prioriza la eficiencia frente a la seguridad.

Las instituciones deben implementar sistemas de detección de disfunciones en el sistema sanitario o en la gestión hospitalaria. Siendo en ocasiones la negligencia médica el producto de la deficiente organización sanitaria y no únicamente fruto de la impericia profesional individual.

Uno de los desafíos más importantes se centra en buscar una equidad entre la tutela del paciente y la protección de la labor médica, previniendo la posible impunidad, y también la responsabilización excesiva. Solamente, a través de una premisa equilibrada y totalmente consciente será posible desarrollar un mecanismo de responsabilidad realmente efectivo y sostenible.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBI NUEVO, J., La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013.

ARBESÚ GONZÁLEZ, V., La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética, Madrid, Dykinson, 2016.

ARBOINE CIPHAS, M., Causalidad y responsabilidad médica, Medicina Legal de Costa Rica, 2015, vol. 32.

BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J. (Coords.), Responsabilidad jurídica médica, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca, 2022.

CÓRDOVA LÓPEZ, O., Carga de la prueba en los casos de responsabilidad civil por mala praxis médica, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2019, vol. 10.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho Sanitario y responsabilidad médica, Valladolid, Lex Nova, 2007.

HIDALGO FERNÁNDEZ, P. Lex artis. El buen quehacer del médico. En CASADO BLANCO, M., IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (coords.), Responsabilidad en medicina y cirugía (pp. 33-42). Badajoz, Funcomeba, 2020.

GALÁN CORTÉS, J., *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Civitas, 2020

GARCÍA CALVO, M., Causalidad jurídica versus causalidad médica, Ciencia Forense, 2017, vol. 29.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista, En BORJA POZO, A., GARCÍA AMADO, J., Responsabilidad jurídica médica, Cuenca, Universidad Católica de Cuenca

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

HIDALGO FERNÁNDEZ, P., Prólogo. En CASADO BLANCO, M., IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (coords.)., *Responsabilidad en medicina y cirugía*, Badajoz, Funcomeba, 2020.

JIMÉNEZ LÓPEZ, M., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria. Madrid, Tecnos, 2011.

JEREZ DELGADO, C., PÉREZ GARCÍA, M., La responsabilidad civil médico-sanitaria en el ordenamiento jurídico español, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, vol. 26.

MONTALVO REBUELTA, P., Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética., Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013.

PARRA SEPÚLVEDA, D., La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa, 2014, Universidad, Carlos III de Madrid, Tesis Doctoral.

PUEYO CALLEJA, F., La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa, DS: Derecho y salud, 2009, vol. 17.

SOLÉ FELIU, J., Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria, Revista de Derecho Civil, 2018, vol. 5.

VII. JURISPRUDENCIA

STS 302/2026, de 4 de febrero de 2026, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2026:302.

STS 2150/2025, de 13 de mayo de 2025, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2025:2150.

STS 7204/2010, de 9 de diciembre de 2010, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2010:7204.

STS 291/2010, de 29 de enero de 2010, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2010:291.

STS 6873/2009, de 20 de noviembre de 2009, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2009:6873.

STS 2572/2007, de 26 de abril de 2007, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2007:2572.

SAP MA 5224/2021, de 23 de julio de 2021, ECLI:ES:APMA:2021:5224.

SAP B 6305/2018, de 25 de junio de 2018, ECLI:ES:APB:2018:6305.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

TASACIÓN DE COSTAS: CONCEPTO, FINALIDAD, OBJETO Y REGULACIÓN

Alfonso Martín Palomino

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. Concepto y naturaleza jurídica de la tasación de costas. II. Finalidad de la tasación de costas y presupuestos para su procedencia. III. Objeto de la tasación de costas: partides incluibles y excluidas. IV. Procedimiento de tasación de costas y aprobación el/la Letrado/a de la Administración de Justicia. V. Impugnación de la tasación de costas. VI. Conclusiones*

Resumen: *El presente trabajo analiza la institución de la tasación de costas en el proceso civil español, abordando su concepto, naturaleza jurídica, finalidad y régimen normativo. Se examina su carácter resarcitorio como mecanismo de reintegro de los gastos procesales al litigante vencedor, así como su relación con el pronunciamiento de condena en costas. Asimismo, se estudia el objeto de la tasación conforme al artículo 241 LEC, los conceptos incluibles y excluidos, y los límites legales aplicables, con especial atención al artículo 394.3 LEC. Finalmente, se analiza el procedimiento de tasación, su impugnación y las recientes reformas introducidas en materia de abuso del servicio público de justicia, destacando su relevancia práctica en la efectividad del proceso civil.*

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA TASACIÓN DE COSTAS

1. Delimitación entre gastos procesales, costas procesales y tasación de costas

La tasación de costas constituye un trámite procesal específico dirigido a la determinación cuantitativa de los conceptos que integran las costas procesales, diferenciándose así del concepto general de gastos procesales. Mientras que los gastos procesales comprenden todos aquellos desembolsos derivados directa o indirectamente de la existencia del proceso, las costas procesales se limitan únicamente a aquellos gastos legalmente repercutibles a la parte contraria cuando exista un pronunciamiento judicial expreso en tal sentido. Esta delimitación conceptual resulta imprescindible para comprender la función técnica que desempeña la tasación dentro del sistema procesal civil.

El artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el catálogo de conceptos que pueden integrar las costas procesales, configurando un marco normativo cerrado que determina qué partidas pueden ser objeto de repercusión mediante la tasación. No todos los gastos derivados del proceso son susceptibles de inclusión en la tasación, sino únicamente aquellos que presentan un origen directo e inmediato en el procedimiento y que, además, se encuentran expresamente contemplados por la norma. La tasación opera así como un

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

mecanismo de concreción cuantitativa de un derecho previamente reconocido en el pronunciamiento judicial de condena en costas.

En este sentido, Achón Bruñén ha señalado que *son costas procesales todos aquellos gastos que teniendo su origen directo e inmediato en el proceso reciben dicha consideración en el art. 241 de la LEC, lo que no puede asimilarse con los gastos originados en el curso del proceso, pues ni todos ellos ostentan la categoría de costas ni los gastos previos al litigio dejan de serlo en todo caso*[1], lo que nos da unas pautas para diferenciar el concepto de costas procesales del de gastos procesales en sentido amplio. De este modo, la tasación no constituye un procedimiento autónomo de reconocimiento de derechos, sino un instrumento técnico dirigido a fijar el importe de los conceptos legalmente repercutibles conforme al marco establecido por el legislador.

2. Naturaleza resarcitoria de la tasación de costas y su relación con la condena en costas

La tasación de costas presenta una naturaleza esencialmente resarcitoria, en la medida en que su finalidad consiste en reintegrar al litigante vencedor los gastos procesales que ha debido soportar como consecuencia del proceso cuando exista un pronunciamiento judicial de condena en costas. No se trata, por tanto, de una sanción procesal ni de una indemnización autónoma, sino de un mecanismo técnico de concreción económica del derecho reconocido en la resolución judicial que pone fin al litigio. La tasación se configura así como un trámite dependiente del pronunciamiento en costas, cuya función es exclusivamente la determinación cuantitativa de las partidas repercutibles.

Desde esta perspectiva, la tasación de costas solo puede practicarse cuando concurren sus presupuestos esenciales: la existencia de un pronunciamiento judicial firme de condena en costas y la falta de satisfacción voluntaria de su importe por la parte obligada al pago. La resolución judicial que impone las costas constituye el título jurídico que legitima la posterior tasación, mientras que el decreto aprobatorio de esta última fija la cuantía líquida exigible y permite su ejecución por la vía de apremio conforme a lo dispuesto en los artículos 244, 246 y 517.2.9º LEC. En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado igualmente la relevancia de la cuantía del procedimiento como elemento instrumental determinante en la fijación de límites aplicables a los honorarios repercutibles en costas, como recuerda la **STS, Sala de lo Civil, n.º 1213/2023, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3480)**.

En coherencia con lo anterior, la doctrina ha puesto de relieve que *la tasación de costas en el ordenamiento español se inspira en este principio al objeto de constatar la existencia de unos gastos y unos derechos que por ley se encuentran tasados dentro de unos estrechos márgenes de discrecionalidad*[2]. Esta afirmación evidencia el

[1] *María José Achón Bruñén: "La tasación de costas procesales"*, J.M. Bosch Editor, 2008.

[2] *Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños: "La correlación entre la tasación de costas y el pronunciamiento en costas"*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, núm. 2144, julio de 2012, pág. 3.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

carácter técnico-documental de la tasación y su vinculación directa con el pronunciamiento judicial previo, confirmando su función como instrumento de determinación objetiva del importe de las costas procesales legalmente repercutibles.

II. FINALIDAD DE LA TASACIÓN DE COSTAS Y PRESUPUESTOS PARA SU PROCEDENCIA

1. La tasación como mecanismo de reintegro al litigante vencedor

La tasación de costas cumple una función esencial dentro del proceso civil, al configurarse como el mecanismo mediante el cual se materializa el derecho del litigante vencedor a ser resarcido de los gastos procesales que ha debido soportar. Este carácter instrumental la vincula directamente con el principio de vencimiento objetivo que rige en materia de costas, en virtud del cual la parte que ve rechazadas sus pretensiones debe asumir las consecuencias económicas del proceso. La tasación no crea este derecho, sino que lo hace efectivo mediante su concreción cuantitativa.

Desde esta perspectiva, la finalidad de la tasación no es sancionadora ni disuasoria en sentido estricto, sino estrictamente resarcitoria, dirigida a restaurar el equilibrio patrimonial entre las partes tras la finalización del litigio. En este sentido, la condena en costas constituye el presupuesto jurídico habilitante, mientras que la tasación opera como el instrumento técnico que permite determinar el importe concreto a satisfacer. Así, la función de la tasación se proyecta sobre la fase posterior al proceso declarativo, integrándose en la dinámica de la ejecución de resoluciones judiciales conforme a los artículos 242.3 y 517.2.9º LEC.

En esta línea, Gudín Rodríguez-Magariños ha subrayado que la tasación no responde a una lógica de libre mercado ni a la valoración subjetiva de la actuación profesional, sino a criterios objetivos y reglados, afirmando que *en la tasación de costas no se pretende remunerar la oportunidad o eficacia de la actuación de un profesional, sino únicamente fijar a tanto alzado la contraprestación que objetivamente se deba reintegrar a la parte*[3]. De este modo, la tasación se configura como un mecanismo técnico de liquidación que garantiza la efectividad del pronunciamiento en costas, evitando tanto la infracompensación como posibles abusos en la repercusión de gastos.

2. Requisitos para su práctica: resolución firme con condena en costas e impago previo por la parte condenada

La práctica de la tasación de costas no es automática, sino que exige la concurrencia de una serie de presupuestos jurídicos que condicionan su procedencia. En primer lugar, resulta imprescindible la existencia de una resolución judicial firme que contenga un pronunciamiento expreso de condena en costas, ya que sin

[3] *Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños: "La correlación entre la tasación de costas y el pronunciamiento en costas"*, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, núm. 2144, julio de 2012, pág. 3.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

este presupuesto no existe título jurídico que legitime la repercusión de los gastos procesales. La tasación aparece así subordinada al contenido de la resolución que pone fin al proceso en cualquiera de sus instancias, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 242 LEC.

En segundo lugar, es necesario que la parte condenada al pago de las costas no haya procedido a su abono voluntario antes de la solicitud de tasación. En caso contrario, carecería de sentido la práctica de este trámite, al haberse satisfecho ya el crédito derivado del pronunciamiento en costas. La tasación no tiene por objeto revisar ni declarar derechos, sino cuantificar un crédito existente que no ha sido cumplido, de modo que su función se activa únicamente en defecto de pago voluntario por el obligado, quedando posteriormente habilitada su ejecución conforme al régimen general del proceso de ejecución.

En este contexto, la doctrina ha puesto de relieve la estrecha conexión entre el pronunciamiento en costas y su posterior liquidación, señalando que *cuando hubiere condena en costas se procederá a su exacción, previa su tasación si la parte condenada al pago, no hiciese efectivo su importe*[4], lo que evidencia el carácter necesario de la tasación como presupuesto para la ejecución del crédito.

Esta concepción ha sido igualmente asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha confirmado el carácter preclusivo del plazo de cinco años para instar la tasación (STS 1683/2023, de 29 de noviembre)[5], reforzando así su naturaleza de trámite imprescindible para la efectividad del pronunciamiento judicial: *En este sentido, podemos citar el auto de 11 de septiembre de 2012 (recurso 2236/2002), que, con cita del acuerdo del pleno gubernativo de 21 de julio de julio de 2009 y de otras resoluciones anteriores, explicó que: "Según se ha declarado por esta Sala (AATS de 23 de febrero de 2010, RC n.º 3398/1998, 1 de junio de 2010, RC n.º 2674/2001, 11 de noviembre de 2011, RC n.º 1948/1998), con anterioridad al Acuerdo de Pleno gubernativo de esta Sala 1.ª, de 21 de julio de 2009, no había un criterio pacífico, y en algunas resoluciones se mantuvo la aplicación del plazo de prescripción de quince años para la solicitud de tasación de costas, pero en dicho Pleno se estableció: "Se acuerda en este punto, aplicar a la solicitud de tasación de costas, en coherencia con el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el plazo de caducidad previsto en el artículo 518 LEC, entendiéndola como acto preparatorio de la ejecución, ya que completa el título de crédito -sentencia- y crea el de ejecución -auto liquidando costas-. Además, una vez tasadas las costas y firme el auto, la parte dispondrá de un nuevo plazo de cinco años para ejecutar tal tasación, con lo que se mantiene el carácter privilegiado del que goza la condena en costas"*[6].

[4] *Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños: "La correlación entre la tasación de costas y el pronunciamiento en costas*", Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, núm. 2144, julio de 2012, pág. 4.
[5] STS, Sala de lo Civil, n.º 1683/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5200).
[6] STS, Sala de lo Civil, n.º 1683/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5200), FD 4º.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

III. OBJETO DE LA TASACIÓN DE COSTAS: PARTIDAS INCLUIBLES Y EXCLUIDAS

1. Conceptos incluibles conforme al artículo 241 LEC: defensa, representación, peritos, anuncios, depósitos, copias, aranceles y tasas

El objeto de la tasación de costas viene determinado por los conceptos que pueden integrar las costas procesales conforme al artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho precepto establece un elenco de partidas que, reuniendo el requisito de tener su origen directo e inmediato en el proceso, pueden ser repercutidas a la parte condenada en costas. Entre ellas se incluyen, de forma principal, los honorarios de abogado y los derechos de procurador cuando su intervención sea preceptiva, así como los honorarios de peritos, los depósitos necesarios para la interposición de recursos, los gastos de publicación de anuncios o edictos, y los derivados de copias, certificaciones y actuaciones registrales.

La inclusión de estos conceptos responde a una lógica de estricta vinculación con el desarrollo del proceso, de modo que únicamente aquellos gastos que resulten necesarios para la adecuada defensa de los derechos en juicio pueden ser objeto de tasación. No obstante, la delimitación de estos conceptos no siempre resulta pacífica, especialmente en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias particulares, como la intervención facultativa de profesionales o la existencia de gastos generados con carácter previo al proceso, pero incorporados posteriormente al mismo. En este sentido, la interpretación del artículo 241 LEC debe realizarse de forma sistemática, atendiendo a la finalidad resarcitoria de la institución.

Así lo pone de relieve Achón Bruñén al recordar que *piénsese en las certificaciones registrales obtenidas con anterioridad al pleito y cuya aportación junto con la demanda constituye un requisito sine qua non para su admisión (art. 439.2.3º y 439.4 de la LEC) o los informes periciales elaborados antes del proceso que se adjuntan con la demanda y quedan incorporados a los autos con independencia de que el perito comparezca para ratificar o aclarar su dictamen*[7], evidenciando que el concepto de costas procesales no puede entenderse de forma rígida o estrictamente formalista.

En consecuencia, la determinación de las partidas incluibles en la tasación exige un análisis casuístico que tenga en cuenta tanto la naturaleza del gasto como su conexión funcional con el proceso, sin perjuicio de los límites legales establecidos, entre otros, en el artículo 394.3 LEC.

2. Partidas excluidas, indebidas o problemáticas: actuaciones inútiles, superfluas, no devengadas, no detalladas, incidentes perdidos, IVA, tasas y límites del artículo 394.3 LEC

Junto a las partidas que pueden integrar la tasación de costas, el ordenamiento jurídico establece un conjunto de conceptos que deben ser excluidos de la misma, bien por no reunir los requisitos legales exigidos, bien por responder a actuaciones innecesarias o ajenas al objeto del proceso.

[7] *María José Achón Bruñén: "La tasación de costas procesales"*, J.M. Bosch Editor, 2008.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

El artículo 243 LEC impone al Letrado de la Administración de Justicia la obligación de excluir de oficio aquellos gastos correspondientes a actuaciones inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley, así como aquellas partidas que no se encuentren debidamente justificadas o detalladas en las correspondientes minutas.

Asimismo, deben excluirse las costas correspondientes a incidentes en los que haya resultado vencida la parte favorecida por la condena en costas en el procedimiento principal, así como aquellas partidas que excedan de los límites legalmente establecidos, en particular el previsto en el artículo 394.3 LEC en relación con los honorarios de profesionales no sujetos a arancel. Este límite, que fija como regla general la tercera parte de la cuantía del proceso, ha sido objeto de interpretación jurisprudencial, destacando la doctrina del Tribunal Supremo[8] que permite su inaplicación en supuestos excepcionales, como cuando su aplicación conduce a resultados manifiestamente desproporcionados en atención a la complejidad del asunto: (...) *una aplicación automática del art. 394.3 LEC conduciría a fijar los honorarios del letrado en una cifra ridícula (248 euros más IVA), que no se correspondería con el verdadero esfuerzo de dedicación y estudio realizado atendiendo a la complejidad del asunto, criterio o factor este último que el decreto recurrido ha ponderado adecuadamente, como prueba que junto al "valor económico de las pretensiones ejercitadas en el pleito" o cuantía del procedimiento (a la que otorga valor meramente orientador), se aludiera también al valor (igualmente orientador) del dictamen ("informe") del Colegio de Abogados (que consideró que la suma de 2.000 euros más IVA -finalmente reconocida por el decreto recurrido- era conforme con sus criterios orientadores), a "los escritos objeto de minutación", a "las alegaciones de las partes", a la "complejidad y trascendencia de los temas suscitados en esta fase del procedimiento" (en línea con la doctrina que valora que hayan precedido dos instancias, con sus correspondientes gastos y costas) y, en definitiva, al "esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes", que por la complejidad de este tipo de asuntos parece razonable valorar muy por encima de la cantidad que propone la parte recurrente*[9].

Más allá de dichas excepciones, la cuantía del procedimiento adquiere una especial relevancia como elemento determinante del alcance económico de la tasación, tal como subraya Añón Calvete al señalar que "*es uno de los criterios que sirven para fijar los honorarios profesionales en la tasación de costas, y sirve para fijar un límite máximo de los honorarios de abogado y perito*"[10].

[8] ATS, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:6630A).

[9] ATS, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:6630A), FD 3º.

[10] *Juan Carlos Añón Calvete: "Determinación de la cuantía en la tasación de costas"*, Revista de Derecho vLex, núm. 247, diciembre de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Esta función instrumental de la cuantía, reconocida también por la jurisprudencia (STS 1213/2023, de 25 de julio[11]), refuerza la necesidad de controlar adecuadamente las partidas incluidas en la tasación, evitando tanto su indebida ampliación como su injustificada restricción.

IV. PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE COSTAS Y APROBACIÓN POR EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Solicitud, documentación necesaria, competencia del LAJ y plazo para instar la tasación

El procedimiento de tasación de costas se inicia a instancia de la parte favorecida por la condena en costas mediante la correspondiente solicitud dirigida al órgano judicial que hubiera dictado la resolución que contiene dicho pronunciamiento. La competencia para su tramitación corresponde al Letrado de la Administración de Justicia del órgano que conoció del proceso en la instancia correspondiente, en coherencia con la atribución legal de funciones en materia de ordenación procesal y ejecución. Esta atribución responde a la naturaleza técnico-documental de la tasación, que no implica una actividad jurisdiccional en sentido estricto.

La solicitud de tasación debe ir acompañada de la documentación justificativa de los gastos cuyo reembolso se pretende, incluyendo la minuta detallada de honorarios de abogado, la cuenta de derechos y suplidos del procurador conforme a su arancel, así como las facturas o justificantes correspondientes a peritos, publicaciones, depósitos y demás conceptos susceptibles de inclusión conforme al artículo 241 LEC. La exigencia de detalle y justificación responde a la necesidad de permitir tanto el control de legalidad por parte del LAJ como la eventual impugnación por la parte contraria.

Desde el punto de vista temporal, la solicitud de tasación se encuentra sujeta al plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 518 LEC, plazo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado plenamente aplicable a este trámite (STS 1683/2023, de 29 de noviembre[12]).

2. Práctica de la tasación, traslado a las partes, aprobación por decreto y ejecución por vía de apremio

Una vez presentada la solicitud con la documentación correspondiente, el Letrado de la Administración de Justicia procede a practicar la tasación de costas, verificando la adecuación de las partidas reclamadas a los conceptos legalmente previstos y excluyendo de oficio aquellas que resulten indebidas conforme al artículo 243 LEC. Esta función implica un control técnico de legalidad que abarca tanto la naturaleza de los gastos como su correcta cuantificación, incluyendo la aplicación de los límites previstos en el artículo 394.3 LEC cuando proceda.

[11] STS, Sala de lo Civil, n.º 1213/2023, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3480).
[12] STS, Sala de lo Civil, n.º 1683/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5200).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Practicada la tasación, el LAJ dará traslado de esta a las partes por un plazo común de diez días, conforme al artículo 244 LEC, a fin de que puedan formular impugnación en los términos legalmente previstos. Este trámite garantiza el principio de contradicción y permite a las partes cuestionar tanto la inclusión de determinadas partidas como su cuantía. Transcurrido dicho plazo sin impugnación, la tasación deviene firme y se procede a su aprobación mediante decreto.

La aprobación de la tasación por decreto constituye el título que permite su ejecución por la vía de apremio, integrándose así en el sistema general de ejecución forzosa previsto en la LEC. Una vez firme el decreto, la parte acreedora podrá instar su ejecución conforme a los artículos 242.1 y 517.2.9º LEC, consolidándose así la función de la tasación como instrumento imprescindible para la efectividad del pronunciamiento en costas.

V. IMPUGNACIÓN DE LA TASACIÓN DE COSTAS

1. Impugnación por indebidas, por excesivas y solicitud de exoneración o moderación tras la LO 1/2025

La tasación de costas, una vez practicada por el Letrado de la Administración de Justicia, no agota el control sobre su contenido, sino que abre la posibilidad de su revisión a través del mecanismo de impugnación previsto en los artículos 244 a 246 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este sistema responde a la necesidad de garantizar el principio de contradicción y de evitar que la fijación de las costas se realice de forma unilateral sin posibilidad de revisión por las partes afectadas. La impugnación se configura, así como un trámite esencial dentro del procedimiento de tasación.

Desde un punto de vista estructural, la ley distingue entre varias modalidades de impugnación en función del objeto de la discrepancia. En primer lugar, la impugnación por indebidas permite cuestionar la inclusión de partidas que no cumplen los requisitos legales para integrar las costas procesales, bien por carecer de conexión directa con el proceso, bien por tratarse de actuaciones inútiles, superfluas o no autorizadas. Este tipo de impugnación se proyecta directamente sobre el contenido objetivo de la tasación.

En segundo lugar, la impugnación por excesivas se refiere a la cuantía de los honorarios de profesionales no sujetos a arancel, fundamentalmente abogados y peritos. En estos casos, el procedimiento adquiere una dimensión técnica adicional, al requerir la intervención de los colegios profesionales correspondientes para la emisión de informes orientativos que permitan valorar la adecuación de los honorarios reclamados. Este mecanismo refuerza el carácter reglado de la tasación y evita la fijación arbitraria de importes.

Junto a estas modalidades clásicas, el sistema ha incorporado recientemente nuevas posibilidades de revisión vinculadas a la conducta procesal de las partes. En particular, la Ley Orgánica 1/2025[13], introduce la

[13] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

posibilidad de solicitar la exoneración o moderación de las costas cuando se haya producido un rechazo injustificado de mecanismos adecuados de solución de controversias, siempre que la resolución judicial resulte sustancialmente coincidente con la propuesta previamente formulada. Esta previsión refuerza la función preventiva del sistema de costas.

En este contexto, se evidencia la complejidad práctica de este trámite, especialmente en aquellos supuestos en los que la regulación legal no ofrece respuestas claras. La casuística derivada de la práctica forense exige una interpretación flexible pero rigurosa de las normas, que permita conciliar la seguridad jurídica con la equidad en la determinación de las costas.

En definitiva, la impugnación de la tasación de costas constituye un instrumento esencial de control que garantiza la adecuación de las partidas incluidas a los criterios legales y jurisprudenciales. Su correcta utilización permite depurar errores, corregir excesos y asegurar que la tasación cumpla su función resarcitoria sin convertirse en una fuente de desequilibrios o abusos en perjuicio de la parte condenada.

VI. CONCLUSIONES

La tasación de costas se erige como una institución clave dentro del proceso civil, en la medida en que permite traducir en términos económicos el pronunciamiento de condena en costas contenido en la resolución judicial. Su función no es declarativa, sino estrictamente ejecutiva en sentido amplio, al concretar la cuantía de un crédito que nace del proceso y que resulta indispensable para su posterior exacción.

El sistema legal configura la tasación sobre la base de criterios objetivos y tasados, que delimitan de manera precisa tanto los conceptos incluibles como aquellos que deben quedar excluidos. Esta delimitación responde a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y evitar la introducción de elementos de discrecionalidad que puedan alterar el equilibrio entre las partes. En este sentido, la tasación no es un mecanismo abierto, sino un procedimiento reglado y sometido a estrictos límites legales.

La intervención del Letrado de la Administración de Justicia como órgano encargado de practicar la tasación refuerza su carácter técnico y su vinculación con la función de documentación del proceso. Su actuación se orienta a verificar la adecuación de las partidas reclamadas a la normativa aplicable, excluyendo de oficio aquellas que no cumplan los requisitos exigidos y aplicando los límites cuantitativos previstos en la ley.

El sistema de impugnación previsto en la legislación procesal permite completar este control, asegurando que las partes puedan cuestionar tanto la inclusión como la cuantía de las partidas. Este mecanismo introduce una garantía adicional que permite corregir posibles errores y ajustar la tasación a los principios de legalidad y proporcionalidad que deben regir en esta materia.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La reciente evolución normativa, con la introducción de mecanismos vinculados al control del abuso del servicio público de justicia, pone de manifiesto una tendencia hacia la utilización del sistema de costas como instrumento de racionalización del litigio. De este modo, la tasación de costas no solo cumple una función resarcitoria, sino que también contribuye a incentivar comportamientos procesales más eficientes y responsables.

En definitiva, la tasación de costas constituye una pieza esencial para la efectividad del proceso civil, al garantizar que el coste económico del litigio se distribuya conforme a criterios legales y equitativos. Su correcta aplicación resulta determinante no solo para la protección de los derechos de las partes, sino también para el adecuado funcionamiento del sistema judicial en su conjunto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

STS, Sala de lo Civil, n.º 1213/2023, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3480).

STS, Sala de lo Civil, n.º 1683/2023, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5200).

ATS, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:6630A).

Doctrina

ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ. La tasación de costas procesales. J.M. Bosch Editor, 2008.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, ANTONIO EVARISTO. La correlación entre la tasación de costas y el pronunciamiento en costas. Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXVI, núm. 2144, julio de 2012, ISSN: 1989-4767.

AÑÓN CALVETE, JUAN CARLOS: Determinación de la cuantía en la tasación de costas, Revista de Derecho vLex, núm. 247, diciembre de 2024.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Doctrina - Jurisprudencia Social y Contencioso Administrativa

ESTUDIO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO DEL ART. 177 A 184 DE LA LRJS Y PROCEDIMIENTOS ACUMULABLES

Jaume J. Barcons Casas

Doctor en Derecho. Abogado y Gestor Administrativo

SUMARIO: *I. Introducción: La tutela reforzada de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional social. II. Los Derechos susceptibles de protección (art. 177 LRJS). III. Las partes del proceso. IV. Medidas Cautelares. V. La prueba en el proceso de tutela. VI. Indemnizaciones por daños en los procesos de tutela. VII. Demandas de ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN: LA TUTELA REFORZADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

La constitucionalización del Derecho del Trabajo ha transformado la relación laboral, tradicionalmente concebida como intercambio entre trabajo y salario, en un espacio jurídico de intensa proyección constitucional. En el Estado social y democrático de Derecho, el contrato de trabajo no puede entenderse al margen de la dignidad de la persona, reconocida en el art. 10.1 CE, ni de los derechos fundamentales proclamados en el Título I de la Constitución. La empresa deja, así, de ser un ámbito inmune al control constitucional para convertirse en un espacio en el que confluyen, de forma necesariamente tensionada, el poder de dirección empresarial y los derechos fundamentales de la persona trabajadora.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado reiteradamente que la integración del trabajador en la organización empresarial no implica la pérdida de su condición de ciudadano ni la renuncia a sus derechos fundamentales. La STC 11/1981, de 8 de abril, Rec. 192/1980, ya declaró que estos derechos proyectan su eficacia en las relaciones laborales y actúan como límites al poder empresarial. Esta doctrina fue reiterada, entre otras, por la STC 308/2000, de 18 de diciembre, Rec. 684/1996, al configurarlos como parámetros de control de las decisiones empresariales, y por la STC 17/2017, de 2 de febrero, Rec. 1168/2014, al insistir en la necesaria ponderación entre los intereses concurrentes. En la misma línea, la STC 70/2000, de 13 de noviembre, exige que toda restricción de derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

mientras que la STC 81/1992, de 28 de mayo, Rec. 1852/1988, vincula su efectividad a la existencia de mecanismos procesales adecuados.

La doctrina científica ha contribuido decisivamente a esta construcción. Palomeque López[1] ha destacado la existencia de derechos fundamentales "inespecíficos" en el ámbito laboral, esto es, derechos que, aun no siendo estrictamente laborales en su origen, adquieren relevancia laboral por ejercerse en el seno de la relación de trabajo. Por su parte, Cavas Martínez[2] subraya la especialidad del proceso laboral de tutela de derechos fundamentales como instrumento de protección reforzada frente a conductas empresariales lesivas, especialmente en materia de libertad sindical.

Esta construcción sustantiva encuentra su reflejo procesal en los arts. 177 a 184 LRJS que articulan una modalidad procesal preferente y sumaria. Como señala Hernández Morales[3], su finalidad es proporcionar una tutela inmediata y eficaz, lo que justifica tanto la simplificación procedimental como la restricción del objeto del proceso.

Una de sus características esenciales es, precisamente, su cognición limitada: no está diseñado para depurar meras infracciones de legalidad ordinaria, sino para enjuiciar vulneraciones de derechos fundamentales. Así lo han señalado, entre otras, la STS de 3 de febrero de 1998, Rec. 634/1997, y la STSJ de Murcia de 20 de julio de 1998, Rec. 172/1998. Ahora bien, esta limitación puede generar tensiones con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE cuando deja imprejuzgadas cuestiones conexas de legalidad ordinaria, obligando a su reclamación en procesos distintos.

Desde una perspectiva supranacional, la protección de los derechos fundamentales laborales se ve reforzada por el Derecho de la Unión Europea y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una doctrina relevante en materia de igualdad y no discriminación, como muestran la STJUE de 13 de febrero de 1996, asunto C-342/93, Gillespie, y la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18, Praxair MRC. Más recientemente, la STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, ha reforzado la exigencia de protección efectiva en situaciones especialmente sensibles, al subrayar la obligación empresarial de agotar previamente las medidas de ajuste razonable antes de proceder a la extinción contractual, en línea con la evolución normativa interna operada, entre otras, por la Ley 2/2025, de 29 de abril.

---

1 PALOMEQUE LÓPEZ, MC (2003), *Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos,* Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 11.

2 CAVAS MARTÍNEZ, F (2004), *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales,* Ed. Aranzadi, Navarra, p. 75.

3 HERNÁNDEZ MORALES I. (2026*), La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social*, Colección derecho del trabajo y Seguridad Social, Ed. ABOE, Madrid, p. 46 y 180.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En el plano internacional, la Carta Social Europea Revisada (CSEr), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, ratificada por España el 29 de abril de 2021 y en vigor desde el 1 de junio de 2021, reconoce expresamente el derecho de huelga en su art. 6.4. Desde la doctrina, Ayala Sánchez[4] destaca su doble dimensión como derecho fundamental subjetivo e instrumento colectivo de presión, así como los límites derivados de su ejercicio en el marco de la organización productiva.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reforzado esta lectura garantista. La STS de 9 de abril de 2024, Rcud. 2862/2021, y la STS de 1 de febrero de 2023, Rcud. 2978/2019, insisten en la necesidad de valorar las decisiones empresariales desde la perspectiva de los derechos fundamentales y conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En igual sentido, la STS de 25 de mayo de 2023, Rec. 1602/2020, exige una justificación objetiva y suficiente de las medidas empresariales con incidencia en tales derechos. Por su parte, la STC 56/2019, de 6 de mayo, Rec. 901/2018, delimita de forma restrictiva el ámbito cognitivo del proceso de tutela.

Finalmente, Valdés Dal-Ré[5] pone de relieve que el proceso de tutela de derechos fundamentales responde a la necesidad de una protección urgente y preferente, lo que justifica la reducción de plazos y la tramitación prioritaria, aunque ello comporte limitaciones en materia de alegación y prueba.

En definitiva, la tutela de los derechos fundamentales en el orden social configura un sistema complejo de protección reforzada, en el que confluyen normas constitucionales, internacionales, legales y jurisprudenciales. Sin embargo, persisten tensiones relevantes en torno a la delimitación del objeto procesal, su articulación con otros procedimientos y la efectividad real de las garantías procesales. Sobre esta base, el presente estudio aborda el régimen jurídico del procedimiento regulado en los arts. 177 a 184 LRJS y las principales dificultades interpretativas que plantea su aplicación práctica.

II. LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN (ART. 177 LRJS)

El art. 177 LRJS permite reclamar la tutela de la libertad sindical, del derecho de huelga y de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de discriminación y el acoso, siempre que la lesión se produzca en el ámbito del orden social o en conexión directa con la relación de trabajo. La tutela puede extenderse incluso frente a terceros vinculados al empresario, conforme al art. 177.2 LRJS.

[4] AYALA SÁNCHEZ, A, (2022), *Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio, El derecho de huelga: Derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites,* Temas laborales, núm. 162, pp 252-279.

[5] VALDES DAL RE, F (1991), *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, salvo en los supuestos en que la ley disponga otro distinto*, Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 488.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

1. Libertad sindical

La libertad sindical, reconocida en el art. 28.1 CE y desarrollada por la Ley Orgánica 11/1985 (LOLS), comprende el derecho a fundar sindicatos, afiliarse al de elección propia, no ser obligado a sindicarse y el derecho de los sindicatos a formar confederaciones u organizaciones internacionales. Ahora bien, como señalaron la STC 23/1983, de 25 de marzo, y la STC 61/1989, de 3 de abril, el contenido del art. 28.1 CE no es cerrado ni exhaustivo.

La jurisprudencia reciente del TS configura esta tutela como una protección cualificada, pero no expansiva. No toda controversia sindical supone lesión del derecho fundamental: es necesario que la conducta afecte real y efectivamente a su contenido esencial. Así, se descarta la vulneración cuando la actuación tiene cobertura normativa o pertenece al plano de la legalidad ordinaria, como en las STS de 21 de noviembre de 2024, Rec. 245/2022, ECLI:ES:TS:2024:5822; la STS de 2 de julio de 2024, Rec. 276/2022, ECLI:ES:TS:2024:3692; o la STS de 10 de julio de 2024, Rec. 143/2022, ECLI:ES:TS:2024:3948.

Por el contrario, se aprecia lesión cuando se impide el ejercicio de facultades sindicales legalmente reconocidas, como sucede en la STS de 20 de diciembre de 2024, Rec. 29/2023, ECLI:ES:TS:2024:6276, sobre reconocimiento de delegado sindical. No obstante, la Sala exige el cumplimiento estricto de los requisitos legales, como recuerda la STS de 5 de mayo de 2025, Rec. 91/2023, ECLI:ES:TS:2025:2078.

En negociación colectiva e información sindical, el Tribunal Supremo distingue entre protección del derecho, legitimación y funcionalidad. Así, la STS de 7 de mayo de 2025, Rec. 44/2023, ECLI:ES:TS:2025:1992, rechaza la vulneración por falta de legitimación suficiente; la STS de 4 de junio de 2025, Rec. 89/2023, aprecia lesión cuando un pacto extraestatutario condiciona su aplicación a la afiliación sindical; y la STS de 21 de mayo de 2025, Rec. 119/2024, descarta lesión ante comunicaciones empresariales meramente informativas. En materia de difusión e información sindical, destacan la STS de 10 de julio de 2024, Rec. 152/2022, ECLI:ES:TS:2024:3998; la STS de 11 de diciembre de 2024, Rec. 277/2022, ECLI:ES:TS:2024:6092; y la STS de 22 de abril de 2025, Rec. 99/2023, ECLI:ES:TS:2025:2055.

La acción sindical también encuentra límites en la protección de datos, exigiéndose habilitación legal, necesidad y proporcionalidad, como muestran la STS de 17 de septiembre de 2024, Rec. 33/2023, ECLI:ES:TS:2024:4412; la STS de 24 de septiembre de 2024, Rec. 236/2022, ECLI:ES:TS:2024:4744; y la STS de 16 de julio de 2024, Rec. 215/2022, ECLI:ES:TS:2024:4308. Asimismo, en materia de crédito horario y garantías sindicales, resultan relevantes las STS de 21 de noviembre de 2024, Rec. 281/2022, ECLI:ES:TS:2024:5966; la STS de 25 de abril de 2025, Rec. 144/2023, ECLI:ES:TS:2025:1966; la STS de 9 de abril de 2025, Rec. 92/2023, ECLI:ES:TS:2025:1807; la STS de 20 de mayo de 2025, Rec. 84/2023, ECLI:ES:TS:2025:2272; y la STS de 18 de febrero de 2025, Rec. 21/2023, ECLI:ES:TS:2025:740.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En suma, la tutela de la libertad sindical exige lesión real, indicios suficientes y respeto a los presupuestos legales de cada facultad sindical.

2. Derecho de huelga

El derecho de huelga, reconocido en el art. 28.2 CE, continúa regulado por el Real Decreto-ley 17/1977, reinterpretado desde la STC 11/1981, situación calificada por Tascón López como una anomalía normativa persistente.

La jurisprudencia reciente ha precisado sus límites. La STS de 9 de julio de 2024, Rec. 182/2022, ECLI:ES:TS:2024:4288, y la STS de 17 de julio de 2024, Rec. 195/2022, ECLI:ES:TS:2024:4314, admiten mecanismos previos de solución de conflictos si no vacían el derecho. La STS de 26 de marzo de 2025, Rec. 16/2023, ECLI:ES:TS:2025:1288, valida la huelga de solidaridad y trata la huelga intermitente como modalidad unitaria. La STS de 24 de septiembre de 2024, Rec. 199/2022, ECLI:ES:TS:2024:4574, exige prueba rigurosa del abuso, sin que baste el perjuicio empresarial inherente a toda huelga.

La tutela se refuerza frente al esquirolaje. La STS de 16 de octubre de 2024, Rec. 211/2022, ECLI:ES:TS:2024:5014, sanciona el esquirolaje interno, en línea con la STS de 8 de noviembre de 2023, Rec. 204/2021. La STS de 14 de noviembre de 2024, Rec. 227/2022, ECLI:ES:TS:2024:5730, extiende la prohibición al esquirolaje externo, con apoyo en la STS de 22 de mayo de 2024, Rec. 145/2023, y en la STS de 3 de octubre de 2018, Rec. 3365/2016. No obstante, la STS de 23 de abril de 2025, Rec. 46/2023, ECLI:ES:TS:2025:2069, recuerda que solo hay vulneración si se acredita una conducta dirigida a vaciar de contenido el derecho.

Especial importancia tiene el esquirolaje tecnológico, analizado por Tascón López[6] que considera que es una anomalía persistente. La STS de 11 de junio de 2012, Rec. 110/2011, admitió inicialmente el uso de medios técnicos; la STS de 5 de diciembre de 2012, Rec. 265/2011, reconoció su posible carácter lesivo si vacía el contenido esencial del derecho; y la STC 17/2017 admitió el uso de medios técnicos preexistentes y habituales. Más recientemente, la STC de 12 de marzo de 2026 ha matizado esta posición, afirmando que el uso tecnológico puede vulnerar el derecho cuando reduce o neutraliza los efectos de la huelga.

En definitiva, la clave no está en el medio utilizado, sino en su finalidad y efecto: será ilícita la actuación empresarial que sustituya el trabajo huelguista y minimice artificialmente el impacto del conflicto.

3. Prohibición de trato discriminatorio

La igualdad y la no discriminación, con fundamento en el art. 14 CE, se desarrollan en la Ley Orgánica 3/2007, el Real Decreto-ley 6/2019, la Ley 15/2022 y la Ley Orgánica 2/2024. La STJUE de 26 de junio de 2018, asunto

[6] TASCÓN LÓPEZ, R (2026), *El esquirolaje tecnológico: ¿reajuste conceptual o vuelo de clavileño?*, Briefs AEDTSS, número 31, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2026, en https://www.aedtss.com/el-esquirolaje-tecnologico-reajuste-conceptual-o-vuelo-de-clavileno/ consultada el 18 de abril de 2026.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

C-451/16, recuerda que la discriminación puede derivar tanto del trato distinto de situaciones comparables como de la aplicación uniforme de una misma regla a situaciones diferentes.

El Tribunal Supremo ha reforzado el control sobre las diferencias retributivas y de condiciones de trabajo. Así, aprecia discriminación en la exclusión de fijos discontinuos de complementos de funciones, STS de 2 de julio de 2024, Rec. 238/2022, ECLI:ES:TS:2024:3701; en la exclusión de determinados pluses a temporales o parciales, STS de 8 de abril de 2025, Rec. 153/2023, ECLI:ES:TS:2025:1684; en la negativa del complemento de antigüedad al personal investigador temporal, STS de 29 de octubre de 2024, Rec. 3/2023, ECLI:ES:TS:2024:5473; en el impago del plus de festivos, STS de 4 de marzo de 2025, Rec. 3222/2023, ECLI:ES:TS:2025:1013; y en la retribución inferior a convenio de trabajadores temporales en programas subvencionados, STS de 2 de abril de 2025, Rec. 168/2022, ECLI:ES:TS:2025:1718.

También declara ilícitas la exclusión de trabajadores subrogados de una póliza colectiva, STS de 10 de septiembre de 2024, Rec. 197/2022, ECLI:ES:TS:2024:4415, y la doble escala salarial basada en la fecha de ingreso, STS de 30 de octubre de 2024, Rec. 151/2022, ECLI:ES:TS:2024:5387. En materia indemnizatoria, la STS de 11 de septiembre de 2024, Rec. 115/2023, ECLI:ES:TS:2024:4524, admite acumular daño moral y lucro cesante. Y, en empleo público, la STS de 20 de mayo de 2025, Rec. 248/2023, ECLI:ES:TS:2025:2401, reconoce la obligación de reservar el 7 % de plazas a personas con discapacidad.

No obstante, no toda diferencia de trato es discriminatoria. La STS de 11 de abril de 2025, Rec. 131/2023, ECLI:ES:TS:2025:1965, admite diferencias vinculadas al origen de la financiación si no existe perjuicio retributivo efectivo; y la STS de 25 de mayo de 2023, Rcud. 1602/2020, descarta que la denegación de una concreción horaria constituya por sí sola discriminación indirecta por razón de sexo cuando existen causas justificativas.

En síntesis, la igualdad no impone uniformidad absoluta, pero sí exige que toda diferencia de trato cuente con justificación objetiva, suficiente y proporcionada.

4. Acoso

El art. 177 LRJS incluye el acoso como conducta tutelable, comprendiendo el acoso sexual, por razón de sexo, discriminatorio y psicológico. El Convenio núm. 190 de la OIT refuerza este marco al definir la violencia y el acoso como conductas o prácticas que, de forma aislada o reiterada, produzcan o puedan producir daño físico, psicológico, sexual o económico.

El acoso laboral afecta directamente a la dignidad de la persona, art. 10 CE, y, en los casos más graves, a la integridad moral, art. 15 CE. Sin embargo, debe distinguirse del conflicto laboral ordinario. La **STC 56/2019** recuerda que no toda actuación empresarial desfavorable, injustificada o arbitraria constituye acoso con relevancia constitucional.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2025, Rec. 620/2025, ECLI:ES:TSJM:2025:11046, precisa que la referencia del Convenio núm. 190 de la OIT a conductas aisladas no elimina, en el acoso moral u organizativo, la regla general de reiteración. Solo cabe apreciar acoso por un acto único cuando concurre una intensidad cualitativa excepcional, capaz de lesionar por sí misma la integridad moral. En el caso enjuiciado, relativo a una comunicación por WhatsApp que ordenaba limitar funciones y ubicar a la trabajadora "lejos de todo el mundo", la Sala reconoció el perjuicio, pero descartó el acoso por tratarse de una actuación puntual, no reiterada ni dotada de intensidad extraordinaria.

La doctrina judicial reciente se articula, por tanto, sobre dos criterios: reiteración como regla general e intensidad excepcional del acto único como posible excepción, sin perjuicio de la necesaria consolidación de doctrina por el Tribunal Supremo.

III. LAS PARTES DEL PROCESO

El art. 177.1 LRJS establece un régimen de legitimación amplio, coherente con la naturaleza de los derechos protegidos y con su dimensión individual y colectiva. La finalidad es garantizar una tutela reforzada cuando se denuncian lesiones de especial relevancia constitucional.

1. Legitimación activa

La legitimación activa corresponde, en primer lugar, al trabajador directamente afectado por la conducta lesiva, como titular del derecho fundamental cuya protección se pretende.

Asimismo, pueden accionar las organizaciones sindicales cuando exista conexión suficiente entre el derecho invocado y los intereses cuya defensa les es propia. Ahora bien, esta legitimación no permite al sindicato sustituir sin más al comité de empresa ni arrogarse su posición institucional. La STS de 25 de septiembre de 2024, Rcud. 269/2022, ECLI:ES:TS:2024:4561, exige acuerdo previo del comité para la interposición de demanda cuando se actúe en su nombre, conforme al art. 65.1 ET. En la misma línea, la STSJ de Galicia de 26 de febrero de 2026, Rec. 5089/2025, ECLI:ES:TSJGAL:2026:1304, recuerda que un sindicato, aunque sea mayoritario, no puede ejercitar acciones en nombre del comité sin su autorización.

Por tanto, debe distinguirse entre acción individual del trabajador, acción sindical propia y acción ejercitada en representación del comité de empresa.

2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva corresponde, con carácter general, al empresario o a la Administración Pública autora del acto, decisión o conducta presuntamente vulneradora del derecho fundamental.

No obstante, cuando las circunstancias del caso lo exijan, podrán integrarse en el proceso otros sujetos que hayan participado en la conducta lesiva, con el fin de asegurar la efectividad de la tutela judicial y evitar indefensión.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

3. Ministerio Fiscal

Conforme al art. 177.3 LRJS, la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, en cuanto garante de la legalidad y de la efectividad de los derechos fundamentales. Su presencia responde a la dimensión institucional y de orden público de los derechos afectados.

Sin embargo, si ha sido debidamente citado y excusa su asistencia, no procede la nulidad de actuaciones ni la suspensión del juicio, dado que su asistencia efectiva no tiene carácter necesario. Así lo declaran la STS de 19 de abril de 2005, Rec. 855/2004, y la STS de 22 de julio de 2004, Rec. 3338/2003.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares constituyen un instrumento esencial en el proceso de tutela de derechos fundamentales, al permitir asegurar la efectividad de la resolución judicial y evitar que el transcurso del tiempo frustre su finalidad, especialmente cuando están en juego derechos de especial intensidad constitucional. Desde una perspectiva práctica, su solicitud puede resultar decisiva, al anticipar los efectos de una eventual estimación de la demanda.

1. Suspensión del acto lesivo en la libertad sindical

En los procesos de tutela de la libertad sindical, la medida cautelar más relevante es la suspensión de los efectos del acto impugnado. Su adopción exige la concurrencia de dos presupuestos:

a) **Existencia de una conducta empresarial** que impida o dificulte gravemente el ejercicio de la libertad sindical (por ejemplo, en procesos electorales, funciones representativas, negociación colectiva o decisiones empresariales de carácter colectivo).

b) **Riesgo de perjuicio irreparable o de difícil reparación (*periculum in mora*)**, de modo que la ejecución del acto pueda hacer inútil la sentencia.

La jurisprudencia ha precisado que este último requisito no concurre cuando la eventual lesión puede ser revertida sin dificultad. Así, la **STS de 25 de abril de 2023 (RCUD núm. 4371/2019)** descarta la existencia de perjuicio irreparable cuando los representantes cesados han sido sustituidos conforme a las reglas legales.

2. Medidas cautelares en el derecho de huelga

En materia de huelga, las medidas cautelares se proyectan, fundamentalmente, sobre la impugnación de los actos de determinación del personal adscrito a servicios mínimos o a tareas de seguridad y mantenimiento.

Asimismo, cabe la suspensión cautelar de la huelga cuando se aprecia, prima facie, su carácter ilícito, como en el Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015 (núm. 131/2015), que acordó la suspensión de una

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

huelga por su incidencia en el sistema de negociación colectiva, con fundamento en la STC de 21 de diciembre de 1988, Rec. 254/1988.

3. Medidas cautelares en supuestos de acoso y violencia de género

En los supuestos de acoso o violencia de género, las medidas cautelares pueden consistir en la suspensión de la relación laboral, la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o centro, o la reordenación del tiempo de trabajo.

Estas medidas tienen como finalidad preservar la integridad de la persona trabajadora y la efectividad de la sentencia, pudiendo extenderse incluso a medidas que afecten al presunto acosador, que deberá ser oído. En los supuestos de adaptación o reducción de jornada, deberá acudirse al procedimiento del art. 139 LRJS, con posibilidad de acumulación de indemnización por daños y perjuicios.

V. LA PRUEBA EN EL PROCESO DE TUTELA

El proceso de tutela de derechos fundamentales presenta una configuración probatoria singular, basada no en una inversión automática de la carga de la prueba, sino en un **desplazamiento condicionado**, conforme a los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, que responde a la dificultad de acreditar los móviles internos de conductas lesivas.

Corresponde inicialmente a la parte actora acreditar la conducta impugnada y aportar **indicios suficientes**, entendidos como hechos objetivos, acreditados y razonablemente conectados que permitan inferir la posible vulneración del derecho fundamental. No basta la mera alegación, sino una base fáctica mínima que genere una sospecha cualificada.

Apreciados dichos indicios, se produce el desplazamiento de la carga probatoria hacia la parte demandada, que deberá acreditar que su actuación responde a una causa **real, objetiva, razonable y proporcionada**, ajena a cualquier finalidad lesiva. Esta justificación se articula a través de un triple juicio: de realidad, de ajenidad y de proporcionalidad.

La insuficiencia de esta justificación determina que los indicios adquieran plena eficacia probatoria, permitiendo declarar la vulneración del derecho fundamental. De este modo, el régimen probatorio condiciona directamente el resultado del proceso.

Debe tenerse en cuenta, además, que carecen de eficacia las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, así como las que de ellas deriven, conforme al art. 11.1 LOPJ y al art. 90 LRJS.

En definitiva, se trata de un sistema de equilibrio que exige una mínima actividad probatoria del demandante, pero impone al demandado una carga reforzada de justificación, garantizando la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VI. INDEMNIZACIONES POR DAÑOS EN LOS PROCESOS DE TUTELA

La tutela judicial de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional social no se agota en la mera declaración de la vulneración, sino que exige la reparación íntegra de los efectos derivados de la conducta lesiva. En este sentido, el art. 182 LRJS impone al órgano judicial el deber de restablecer al trabajador en la integridad de su derecho y de reparar las consecuencias producidas, incluyendo la correspondiente indemnización conforme al art. 183 LRJS.

Como pone de relieve Gómez Esteban[7], la dificultad de este régimen no reside en la afirmación del principio de reparación, sino en su concreción práctica, particularmente en la delimitación de los conceptos indemnizables y en la fijación de criterios de cuantificación que aporten seguridad jurídica en un ámbito marcadamente casuístico.

El art. 183 LRJS articula un sistema indemnizatorio de carácter dual, distinguiendo entre el daño moral inherente a la vulneración del derecho fundamental y los daños y perjuicios adicionales de naturaleza patrimonial. Esta configuración ha sido plenamente asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha consolidado una concepción estructurada de la reparación en dos planos diferenciados.

El daño moral se configura como un perjuicio consustancial a la propia vulneración del derecho fundamental. La STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 624/2016) ya evidenció la ausencia de criterios homogéneos en su cuantificación, destacando la dificultad de alcanzar soluciones uniformes. Esta línea ha sido posteriormente matizada por la STS de 17 de diciembre de 2025 (Rec. 408/2025), que sistematiza los principales parámetros de valoración, entre los que destacan la intensidad y duración de la conducta lesiva, el carácter pluriofensivo de la lesión y las circunstancias personales del trabajador afectado. No obstante, la Sala insiste en la imposibilidad de establecer reglas rígidas, dada la naturaleza esencialmente casuística de este tipo de daños.

Se debe tener en cuenta que se permite el uso de la LISOS, para cuantificar el importe de las indemnizaciones por daños y perjuicios, la cual se aplica analógicamente tal y como recoge la STS 356/2022, de 20 de abril, que admite su utilización con carácter orientador avalada por la STC 247/2006 y considerada idónea por la Sala en STS de 15 de febrero de 2012, STS de 8 de julio de 2014, STS 2 de febrero de 2015, STS 19 de diciembre de 2017 y STS de 13 de diciembre de 2018, no como aplicación automática, sino atendiendo a criterios de razonabilidad en función de la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. Desde el punto de vista probatorio, el daño moral presenta una singularidad relevante: puede ser objeto de cuantificación prudencial cuando la prueba de su importe exacto resulte difícil o desproporcionada, conforme al art. 183.2 LRJS. Además,

[7] GÓMEZ ESTEBAN J. (2026), *Indemnización de daños y tutela de derechos fundamentales. ¿Qué, cuándo y cuánto? Doctrina Jurisprudencial.* Lex Laborum, núm. 9, abril 2026, Asociación Judicial Francisco de Vitoria.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la jurisprudencia subraya su doble función, no solo resarcitoria, sino también preventiva o disuasoria, orientada a evitar la reiteración de conductas vulneradoras.

Junto al daño moral, el art. 183 LRJS contempla los daños patrimoniales o adicionales, cuya relevancia ha sido objeto de una importante evolución jurisprudencial. El Tribunal Supremo ha consolidado la idea de que estos perjuicios forman parte del contenido propio de la tutela de derechos fundamentales cuando derivan directamente de la conducta lesiva. En este sentido, la STS de 25 de marzo de 2025 (Rec. 1138/2024) admite la acumulación, en un mismo proceso, de la indemnización por daño moral y de una indemnización por lucro cesante, consistente en las diferencias salariales dejadas de percibir en un supuesto de discriminación retributiva. Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 22 de octubre de 2025 (Rec. 1357/2024) y consolidada por la STS de 4 de febrero de 2026 (Rec. 1222/2024), afirmando la plena integración de ambos conceptos indemnizatorios en el proceso de tutela, sin necesidad de acudir a procedimientos separados.

No obstante, a diferencia del daño moral, la indemnización patrimonial exige la **acreditación efectiva del perjuicio** y la existencia de un **nexo causal directo** con la vulneración del derecho fundamental, lo que impide extenderla a consecuencias derivadas de la mera ilegalidad ordinaria.

Desde la perspectiva procesal, rige el principio de **justicia rogada**, de modo que la indemnización no puede ser reconocida de oficio. Así lo declara la STS de 8 de marzo de 2022 (Rec. 130/2019), que niega su concesión cuando no ha sido expresamente solicitada. Sin embargo, una vez interesada y acreditada la vulneración, el órgano judicial está obligado a pronunciarse sobre ella, ya que su omisión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, como establece la STC 61/2021, de 15 de marzo (Rec. 6838/2019).

Finalmente, la indemnización del art. 183 LRJS es **compatible** con otras propias de la legalidad laboral ordinaria, si bien la jurisprudencia advierte que no deben confundirse los distintos planos indemnizatorios ni utilizar automáticamente figuras como la indemnización por despido o los salarios de tramitación como criterio de cuantificación del daño moral. Esta exigencia de diferenciación aparece reforzada en la STS de 17 de diciembre de 2025 (Rec. 408/2025).

En definitiva, la evolución jurisprudencial ha configurado un modelo indemnizatorio basado en la **reparación integral, dual y acumulable del daño**, que combina la compensación del perjuicio moral y patrimonial. No obstante, como advierte **Jesús Gómez Esteban**, la persistencia de márgenes de discrecionalidad judicial y la ausencia de parámetros normativos precisos siguen generando incertidumbre, lo que pone de manifiesto la necesidad de avanzar hacia una mayor sistematización y previsibilidad en la materia, en línea con las propuestas doctrinales, entre ellas las formuladas por Todolí[8].

[8] TODOLI SIGNES, A (2024), *Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo*, Revista Labos. Vol. 5, núm. 2.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

VII. DEMANDAS DE EJERCICIO NECESARIO A TRAVÉS DE LA MODALIDAD PROCESAL CORRESPONDIENTE

El art. 184 LRJS establece una regla esencial: cuando la controversia se encuadra en una materia sujeta a modalidad procesal específica (despido, modificación sustancial, sanciones, vacaciones, etc.) y se invoca simultáneamente la vulneración de derechos fundamentales, el proceso debe tramitarse necesariamente por la modalidad correspondiente, integrando en ella la acción de tutela.

Se trata de una regla de carácter imperativo, confirmada por la jurisprudencia, entre otras, STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2016 y STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2024, que impide alterar el cauce procedimental por la mera invocación de derechos fundamentales. En consecuencia, la tutela debe acumularse al proceso principal, como recuerda la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2025 en materia de despido.

La clave del sistema reside en su conexión con el art. 26.2 LRJS, que permite acumular en un mismo procedimiento la pretensión principal y las derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, incluida la indemnización. De este modo, se evita la fragmentación del litigio y se favorece la concentración procesal.

Aunque el art. 178 LRJS limita la acumulación de acciones, la jurisprudencia ha flexibilizado este régimen cuando todas ellas derivan de una misma conducta lesiva. Así, la STS de 10 de enero de 2023 (Rec. 2582/2020) admite la acumulación de la acción extintiva con la reclamación de daños morales y patrimoniales en un supuesto de acoso laboral.

Asimismo, el proceso, aun tramitado por modalidad especial, queda impregnado de las garantías propias de la tutela de derechos fundamentales, especialmente en materia probatoria, aplicándose las reglas de los arts. 96.1 y 181.2 LRJS, como señalan la STSJ de Galicia de 28 de octubre de 2022 y la STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2025.

En materia de recursos, la aplicación del art. 184 LRJS ha generado tensiones. Aunque el ATS de 6 de abril de 2021 vincula la recurribilidad a la modalidad procesal, una línea posterior admite el acceso al recurso de suplicación cuando se alegan derechos fundamentales, incluso en procesos inicialmente excluidos, como sostienen la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2017, la STSJ de Cataluña de 30 de junio de 2025 y la STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2025.

Finalmente, el precepto tiene relevantes efectos preclusivos: la jurisprudencia exige que todas las pretensiones vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales se articulen en el proceso principal, rechazando su ejercicio posterior en procedimientos independientes, como advierte la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 2017.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En definitiva, el art. 184 LRJS configura un modelo de tutela integrada, que impone el cauce procesal por razón de materia, pero garantiza que en él se desplieguen plenamente las acciones y garantías propias de la tutela de derechos fundamentales.

VIII. CONCLUSIONES

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los arts. 177 a 184 LRJS constituye un instrumento esencial del sistema de garantías del orden social, al proyectar la eficacia constitucional de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral. Su configuración como proceso preferente y sumario responde adecuadamente a la centralidad de derechos como la dignidad, la igualdad, la libertad sindical, el derecho de huelga y la integridad moral.

La principal dificultad del modelo reside en la delimitación entre vulneración de derechos fundamentales y conflicto de legalidad ordinaria. La jurisprudencia ha insistido en que no toda irregularidad empresarial puede calificarse como lesión constitucional, evitando una expansión desordenada del proceso de tutela. Sin embargo, una interpretación excesivamente restrictiva puede reducir indebidamente su ámbito de protección. La clave radica, por tanto, en una valoración material de la conducta empresarial atendiendo a su finalidad, contexto e impacto.

En materia de libertad sindical, el TS ha consolidado una doctrina equilibrada: protege con intensidad las facultades sindicales legalmente reconocidas, pero exige una lesión real del derecho fundamental. No obstante, persisten zonas de incertidumbre, especialmente en su interacción con la protección de datos y los nuevos medios digitales, cuyo uso resulta hoy esencial para la efectividad de la acción sindical.

El derecho de huelga presenta disfunciones más acusadas, derivadas de la pervivencia del Real Decreto-ley 17/1977. La evolución jurisprudencial ha permitido adaptar parcialmente su régimen, pero fenómenos como el esquirolaje tecnológico evidencian la insuficiencia de las categorías tradicionales. En este ámbito, el criterio decisivo debe centrarse en la funcionalidad de la conducta empresarial y en su capacidad para vaciar de contenido el derecho.

En relación con la igualdad y la no discriminación, la jurisprudencia ha reforzado el control sobre las diferencias de trato, exigiendo una justificación objetiva, suficiente y proporcionada. Este avance hacia una igualdad material resulta especialmente relevante, si bien subsisten ciertas oscilaciones en la intensidad del control judicial.

El tratamiento del acoso laboral ha evolucionado hacia un modelo que distingue entre conflicto laboral y vulneración de derechos fundamentales. La reiteración sigue siendo la regla general, aunque se admite la relevancia de actos aislados cuando presentan una intensidad lesiva cualificada, en línea con el Convenio núm. 190 de la OIT.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Desde la perspectiva procesal, el sistema presenta fortalezas claras, como el régimen probatorio basado en indicios y la carga de justificación empresarial, que permite equilibrar la dificultad probatoria del trabajador. No obstante, su eficacia depende de una aplicación rigurosa que evite tanto la exigencia excesiva de indicios como la admisión de justificaciones empresariales meramente formales.

En materia indemnizatoria, el art. 183 LRJS ha consolidado un modelo de reparación integral, dual y acumulable, que comprende tanto el daño moral como los perjuicios patrimoniales. Como destaca Gómez Esteban, la principal debilidad del sistema radica en la falta de criterios uniformes de cuantificación, lo que genera incertidumbre y amplios márgenes de discrecionalidad judicial.

Asimismo, el art. 184 LRJS configura un modelo de tutela integrada que favorece la concentración procesal, pero plantea dificultades en materia de acumulación, recursos y preclusión, exigiendo una correcta articulación inicial de las pretensiones.

En definitiva, el sistema de tutela de derechos fundamentales en el orden social presenta una estructura sólida y coherente, pero requiere una aplicación equilibrada que evite tanto su banalización como su restricción excesiva. El reto actual consiste en garantizar una protección efectiva que permita no solo declarar vulneraciones, sino restaurar derechos, reparar daños y prevenir futuras lesiones en el ámbito de la relación laboral, tal y como apunta Gómez Esteban.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I .Los derechos Fundamentales en el ámbito Laboral, UOC, PID_00141019.

CAVAS MARTÍNEZ, F (2004), El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Navarra.

GÓMEZ ESTEBAN J. (2026), Indemnización de daños y tutela de derechos fundamentales. ¿Qué, cuándo y cuánto? Doctrina Jurisprudencial. Lex Laborum, núm. 9, Abril 2026, Asociación Judicial Francisco de Vitoria.

HERNÁNDEZ MORALES I (2026), La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social, Colección derecho del trabajo y Seguridad Social, Ed. ABOE, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C (1991), Los derechos laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, MC (2003), Derechos fundamentales generales y relación laboral: Los derechos laborales inespecíficos, Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

TODOLI SIGNES, A (2024), Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo, Revista Labos. Vol. 5, núm. 2.

TASCÓN LÓPEZ, R (2026), El esquirolaje tecnológico: ¿reajuste conceptual o vuelo de clavileño?, Briefs AEDTSS, número 31, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2026, en https://www.aedtss.com/el-esquirolaje-tecnologico-reajuste-conceptual-o-vuelo-de-clavileno/ consultada el 18 de abril de 2026.

VALDES DAL RE, F (1991), El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos debiendo mediar un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dichos actos, salvo en los supuestos en que la ley disponga otro distinto, Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid.

Base de datos de jurisprudencia del CENDOJ, en https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA INTRODUCCIÓN DE MODIFICACIONES SUSTANCIALES ENTRE LA FASE DE APROBACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN MUNICIPAL, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Lorena Cruz González

Técnica Administración General Ayuntamiento de A Coruña. Técnica Administración General Ayuntamiento de Ourense (en excedencia)

SUMARIO: *I. El procedimiento de aprobación del plan general de ordenación municipal a través de la legislación autonómica. II. La modificación sustancial del plan general: concepto y casuística al amparo de la jurisprudencia. III. Procedimiento para introducir modificaciones sustanciales entre la fase de aprobación inicial y provisional. IV. Conclusiones. V. Bibliografía y Jurisprudencia*

I. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN MUNICIPAL A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Antes de analizar la problemática que suscita la introducción de modificaciones sustanciales entre la fase de aprobación provisional y definitiva del planeamiento, resulta necesario exponer unas breves notas a cerca del procedimiento de aprobación del plan general, que ayudarán a una mejor comprensión del tema objeto de estudio.

Para ello, en este epígrafe se van a reseñar una serie de pinceladas a cerca del órgano competente para la aprobación del plan en cada una de las fases de tramitación. Haciendo especial hincapié en la legislación urbanística gallega por resultar un tema un tanto controvertido.

Como es bien sabido, la ordenación urbanística es un sistema constituido por normas legales y por determinaciones muy concretas establecidas en los planes urbanísticos. Legislación y planeamiento constituyen así, los dos pilares sobre los que se sustenta la estructura legal de la ordenación urbanística manteniendo entre ellos una relación de jerarquía, por la cual la potestad de planeamiento deberá ejercitarse respetando las prescripciones legales reconocidas en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica.

El plan general de ordenación municipal (PGOU) como norma reglamentaria que es está sujeto a un procedimiento de elaboración y aprobación. Ha sido tradicional su aprobación en tres fases- aprobación inicial, provisional y definitiva- con intervención de dos administraciones- administración local y autonómica-

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

y así se ha mantenido, en general, en las diferentes legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, sin perjuicio de que hoy habrá que estar a cada regulación concreta.

Empecemos por analizar la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante LSCM).

La LSCM, regula, en su artículo 57, la tramitación del plan general estableciendo para ello tres fases: aprobación inicial, provisional y definitiva. Y, el apartado b) y c) del mentado artículo atribuye la competencia para la aprobación inicial y provisional del plan general al Pleno del Ayuntamiento y reserva, la competencia para la aprobación definitiva a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y urbanismo en Asturias (en adelante TROTU) en los artículos 86 a 88, diferencian dos tipos de procedimiento de aprobación del plan, en función de si, el Ayuntamiento tiene o no delegada la competencia autonómica para la aprobación definitiva. Si el ayuntamiento tiene delegada esta competencia, las fases serían aprobación inicial y aprobación definitiva y el órgano competente, en ambas, sería el Pleno de la corporación por mayoría absoluta.

Por el contrario, si la competencia no está delegada, las fases serían tres: aprobación inicial, provisional y definitiva. Y, el órgano competente para la aprobación inicial y provisional sería el Pleno de la Corporación municipal y, para la definitiva, el órgano competente en materia de urbanismo del Principado.

También destaca el contenido del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (en adelante LUC).

La LUC contempla, únicamente, dos fases en la aprobación de los planes. Aprobación inicial que corresponde al órgano competente de la Corporación Local y la aprobación definitiva que, al amparo del artículo 79, corresponde al consejero competente en materia de urbanismo.

La citada legislación no establece de forma expresa que órgano tiene atribuida la competencia, de ahí que deba acudirse, de forma supletoria, al artículo 22.2 LBRL y el 130 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante RPU) que otorga la competencia al Pleno de la Corporación por mayoría absoluta de sus miembros.

Por último, se quiere hacer especial mención a la LSG. El artículo 60 LSG, contempla tres fases para la aprobación del plan general: aprobación inicial, provisional y definitiva.

En cuanto a la aprobación inicial, si bien es cierto que la ley es clara al establecer que la competencia es del Ayuntamiento, no es menos cierto que, no determina quién es el órgano competente dentro del Ayuntamiento

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

y, es por ello, por lo que debe acudirse, de forma supletoria, al artículo 22.2 y 123.1.i) LBRL que establece que, la aprobación inicial corresponde al Pleno municipal, por mayoría del número legal de miembros (artículo 47.2 II y 47.3).

Y, en cuanto a la aprobación definitiva, el legislador gallego atribuye la competencia en función del número de habitantes del municipio. Y así, el artículo 60 LSG dispone que será competente para la aprobación definitiva del plan general en municipios de población igual o inferior a 50.000 habitantes la Consejería competente en materia de urbanismo y, en los municipios que cuenten con población superior a 50.000 será el órgano competente municipal según lo establecido en la LBRL; esto es, el pleno municipal con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación (Art. 47.2. ll) en relación con el 123 de la LBRL).

El **problema se plantea con la aprobación provisional,** ¿Quién es el órgano competente para su aprobación?

a) Aprobación Provisional municipios con población igual o inferior a 50.000 habitantes

Tanto la LSG como el Reglamento de desarrollo[1]guardan silencio en relación con el órgano competente para la aprobación provisional. Contemplando, únicamente, la siguiente previsión: *el ayuntamiento aprobará provisionalmente el contenido del plan con las modificaciones que fueran pertinentes.*

Ante esta indefinición, debe acudirse a la normativa básica del estado que no es otra que el artículo 22 de la LBRL, al disponer que corresponde, *en todo caso, al Pleno municipal (...) c) la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes.*

La aprobación provisional, en estos casos, pone fin a tramitación municipal del plan, toda vez que corresponde a la consejería la competencia para la aprobación definitiva por lo que el órgano competente para su aprobación es el pleno de la corporación por mayoría absoluta del número legal de miembro (Art. 47.2 y 3 LBRL).

b) Pero ¿Qué sucede con los municipios cuya población supera a 50.000 habitantes?

El legislador gallego no se pronuncia al respecto de ahí que daba acudirse, de forma supletoria, al RLSG. El artículo 144.12 al regular el procedimiento de aprobación provisional hace referencia única y exclusivamente al supuesto de introducción de modificaciones sustanciales entre la fase de aprobación inicial y provisional. En estos casos dispone que, el documento para la aprobación provisional, deberá ser objeto de informe por el secretario municipal con carácter previo al acuerdo plenario correspondiente.

[1] Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia (en adelante RLSG).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Del citado texto se puede inferir que, el órgano competente para la aprobación provisional del plan en municipios de población superior a 50.000 habitantes cuando se introduzcan modificaciones sustanciales entre la fase de aprobación inicial y provisional será el pleno de la Corporación municipal por mayoría absoluta del número legal de miembros.

Pero ¿Qué sucede cuando se introducen modificaciones que no son de tipo sustancial? ¿Quién es el órgano competente en estos casos?

Toda vez que la Legislación Autonómica guarda silencio al respecto es por lo que debe acudirse a la legislación Estatal. Y así, podemos encontrar diferentes teorías en función de si normativa de aplicación es el RPU o, la LBRL, veamos los dos casos.

Si se aplica el art. 130 RPU, en base a la disposición transitoria octava de la LSGL el órgano competente para la aprobación provisional será el órgano competente que hubiese otorgado la aprobación inicial y, por tanto, el Pleno de la Corporación. No obstante, puede existir una segunda teoría.

En caso de entender que no resulta de aplicación el RLSG por aplicación de la disposición transitoria segunda y que, tampoco resulta de aplicación el RPU en virtud de la disposición transitoria octava, por haber entrado en vigor el Reglamento de la Ley del Suelo de Galicia, ¿Cuál sería la normativa de aplicación? A juicio de quien subscribe habría que aplicar, supletoriamente, la LBRL. El artículo 22.2 c) dispone que, corresponde al pleno municipal del ayuntamiento la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal.

En el caso objeto de análisis, no estamos ni ante una aprobación inicial ni ante una aprobación que ponga fin al procedimiento municipal. Ya que, la aprobación definitiva, corresponde, de conformidad con el artículo 61.1 a) LSG al órgano competente municipal por tratarse de un ayuntamiento que cuenta con más de 50.000 habitantes. Por tanto, el artículo 22.c) LBRL no plantea una solución al problema. Y el artículo 22. p) en relación con el 47. 2. LL LBRL norma establece una competencia residual del Pleno, *aquellas otras que deban corresponder al pleno por exigir su aprobación una mayoría especial.*

La norma, al amparo del artículo 47.2 LL) exige una aprobación especial para este tipo de acuerdo. Siguiendo esta segunda teoría, el órgano competente para la aprobación provisional sería el Pleno de la corporación y el acuerdo debería adoptarse por mayoría absoluta de sus miembros.

Pero, esta teoría, ¿únicamente sería aplicable a los municipios de menor población o, por el contrario, podría aplicarse a los municipios de gran población regulados en el título X de la LBRL?

Si bien es cierto que la LBRL establece una regulación específica para los municipios de gran población no es menos cierto que, el legislador urbanístico a la hora de determinar las competencias para la aprobación del

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

planeamiento no tuvo en cuenta la distinción entre municipios de gran población o no, limitándose a diferenciar entre municipios con más de 50.000 habitantes. Por tanto, ¿Quién es el órgano competente para la aprobación provisional en los municipios del título X?

Para dar respuesta a dicha cuestión debe acudirse al artículo 123.1 i) LBRL. El mentado artículo prevé, únicamente, como competencia del pleno la aprobación inicial y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes. Esto es, la definitiva.

Si se descarta la competencia del pleno, debe analizarse la competencia de la Junta de Gobierno Local. Y así, el artículo 127 LBRL dispone que, la JGL es competente para la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística cuya aprobación definitiva o provisional corresponda al pleno, para la aprobación de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no atribuidas expresamente al pleno, así como para la aprobación de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización. Resulta patente, que la aprobación provisional del plan general no se encuadra en ninguna de las competencias atribuidas a la JGL.

Por tanto, si no es competencia del Pleno ni de la Junta de Gobierno Local, únicamente resta analizar si pudiera encuadrarse dentro de la competencia residual que le asigna al alcalde el artículo *ñ) las demás que le atribuya expresamente las leyes y aquéllas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio, y no se atribuyan a otros órganos municipales.*

En caso de no aceptar que el RPU resulta de aplicación supletoria, sí podría admitirse la competencia residual del alcalde para acordar la aprobación provisional, toda vez que, la aprobación definitiva le corresponde al pleno de la corporación local.

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que, el órgano competente para la aprobación provisional en municipios con población inferior a 50.000 habitantes será el pleno de la corporación por mayoría absoluta del número legal de miembros y, en municipios con población superior a 50.000 habitantes será el Alcalde o, en su caso la JGL si tiene la competencia delegada de éste último salvo que, entre la fase de aprobación inicial y provisional se introduzcan modificaciones de tipo sustancial que será el pleno de la corporación por mayoría absoluta del número legal de miembros.

II. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE PLAN GENERAL: CONCEPTO Y CASUÍSTICA AL AMPARO DE LA JURISPRUDENCIA

Tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, la tramitación del plan general se divide, fundamentalmente, en tres fases, aprobación inicial, provisional y definitiva. Aprobado inicialmente el plan general se procede a la exposición pública por plazo mínimo de 2 meses para la presentación de alegaciones por los ciudadanos.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Concluido el periodo de información pública y emitidos los correspondientes informes sectoriales, la administración deberá proceder a la aprobación provisional del documento, incorporando, si lo considera oportuno, las pretensiones planteadas por los ciudadanos.

Decimos que podrá incorporar las pretensiones de los ciudadanos porque esta previsión la hace el planificador con total discrecionalidad así es reconocido entre otras, en la STS 1255/2016, de 1 de junio, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo: *que la potestad para modificar el planeamiento es discrecional (ius variandi), de modo que, dentro de los márgenes, se ha establecido, el planificador urbanístico dispone de libertad para elegir, entre las distintas alternativas más convenientes para la mejor satisfacción del interés público. La libertad de criterio no puede ser sustituida, en su núcleo de oportunidad, por la única opinión o la voluntad de los particulares ni por la decisión de los órganos jurisdiccionales (artículo 71.2 de la LRJCA)*.

Si el planificador, a raíz de las alegaciones presentadas por los ciudadanos e informes sectoriales, decide introducir modificaciones en el documento de aprobación provisional respecto del aprobado inicialmente, debe tener en cuenta que, en función del tipo de modificación que introduzca, sustancial o no, el procedimiento de tramitación y aprobación varía.

Si en el documento de aprobación provisional se introducen modificaciones sustanciales respecto del documento aprobado inicialmente, la administración, antes de proceder a la aprobación provisional del mismo, debe, y así lo exigen todas las normativas autonómicas y la básica del estado, someter el documento a un nuevo trámite de exposición al público, para que los ciudadanos puedan conocer el modelo territorial elegido y, alegar lo que a su derecho convenga. Por el contrario, si las modificaciones no son de tipo sustancial, la administración, procederá sin más trámite a la aprobación provisional.

Por tanto, el problema que se plantea es determinar qué se entiende por modificación sustancial de plan general. Toda vez que se trata, tal y como ha reconocido la STS 6915/2003, de 6 de noviembre, de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de un concepto jurídico indeterminado, es por lo que se va a intentar definir de modo casuístico, al amparo de la jurisprudencia.

Y así, resulta ilustrativa, entre otras, la STS 2056/2016, de 26 de septiembre, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, al fijar el concepto de modificación sustancial: *la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, respecto al concepto de modificaciones sustanciales, afirma que se entiende por tales,* ***la alteración global del plan****, en sus* ***aspectos esenciales****, afectándose a* ***sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio planeamiento elegido****. Igualmente ha señalado el Tribunal Supremo que tales modificaciones implican que los cambios supongan una* ***alteración del modelo de planeamiento elegido****, al extremo de hacerlo distinto no solamente diferente en aspectos puntuales y accesorios,* ***habiendo de significar una alteración de la estructura fundamental del planeamiento elaborado****, un nuevo esquema del mismo, que altere de manera importante y especial sus líneas y criterios básicos y su propia estructura,* ***no cuando las modificaciones afecten a aspectos concretos del plan, y no quede afectado el modelo territorial****. La modificación sustancial implica*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

una modificación territorial concebido por el plan y dicha modificación ha de valorarse desde una perspectiva global.

En este mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STS 261/2016, de 3 de febrero, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, al indicar: *a la hora de determinar el carácter sustancial de las alteraciones efectuadas por el plan y, por tanto también, la procedencia de practicar una nueva información pública (en cuanto que la precedente pasa a tener un carácter meramente formal), no es a sus eventuales repercusiones sobre los particulares a lo que hay que estar, sino a su grado de afección sobre el modelo territorial escogido inicialmente por el plan, tal y como tiene reiteradamente establecido nuestra jurisprudencia, esto es,* ***se producen tales alteraciones sustanciales*** *cuando se* ***modifican de manera esencial las líneas y criterios básicos del plan*** *y su propia estructura, quedando por ello* ***afectado el modelo territorial*** *dibujado en el mismo, de tal modo que* ***parezca un plan nuevo.***

De una mera lectura de las citadas sentencias, puede entenderse que constituye modificación sustancial la alteración global del plan en sus aspectos esenciales cuando afecta a los elementos estructurales y, por tanto, al modelo de planeamiento elegido. Pero, el citado concepto debe extrapolarse a la práctica a fin de concretar en qué casos se considera que una modificación es sustancial y en aquellos que no. A continuación, se va a exponer una casuística sobre la interpretación que la Jurisprudencia hace sobre el concepto de modificación sustancial:

1. Modificación de la memoria del plan general

La memoria es el documento justificativo del modelo territorial elegido, así como de los fines y los objetivos que con él pretende la administración. Así lo ha reconocido, entre otras, la **STS de 13 de febrero de 1992,** Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo: *Del art. 38 de RPU no se deduce que la memoria haya de referirse y justificar todas y cada una de las determinaciones del Plan, por nimias o detalladas que sean (el presente caso* ***se pretende que se justifique****, entre otros casos el destino de tres concretos solares), sino que se refiere a las conclusiones que condicionan la ordenación del territorio,* ***a los distintos alternativas posibles, al modelo elegido, las determinaciones de carácter general y las correspondientes a los distintos tipos y categorías del suelo,*** *es decir, a extremos generales o principios en los que descanse la regulación.*

La Memoria tiene que justificar, por tanto, los pilares básicos sobre los que se asientan las determinaciones del plan de que se trate, sin necesidad de descender a la justificación detallada de cada una de las determinaciones.

La memoria se puede modificar por motivos de oportunidad y de legalidad, tal y como ha reconocido la STS 1255/2016, de 1 de junio, Sala Tercera, de lo Contencioso- Administrativo al indicar: *la potestad para modificar el planeamiento es discrecional (ius variandi), de modo que, dentro de los márgenes, se ha establecido,*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

el planificador urbanístico dispone de libertad de elegir, entras las distintas alternativas más convenientes para la mejor satisfacción del interés público.

Pero **¿Qué sucede con el documento de memoria si se introducen modificaciones sustanciales en el plan?** Pues bien, si la administración, en base a esa potestad discrecional, introduce modificaciones que impliquen un nuevo esquema del plan, que altere de manera importante y esencial las líneas y criterios básicos y su propia estructura; es decir que afecte al modelo territorial **la memoria también debe ser modificada** y, adaptada, por tanto, a las nuevas previsiones del planeamiento.

Lo mismo sucede cuando la Administración Autonómica por motivos de legalidad u oportunidad - cuando afecte a intereses supramunicipales - introduce en el documento modificaciones sustanciales. Estas modificaciones deben ser recogidas en la memoria so pena de nulidad.

De lo expuesto hasta este punto, puede concluirse que, el documento de memoria debe ser modificado cuando, entre la fase de aprobación inicial y la provisional se introduzcan modificaciones sustanciales en el documento.

2. Cambios de criterio en la clasificación del suelo

Las diferentes normativas, tanto estatales como autonómicas, disponen que, el plan general de ordenación habrá de clasificar el territorio municipal en todos o alguno de los tipos de suelo.

El suelo se tiene que clasificar según su naturaleza, en urbanizado o rural. Las diferentes legislaciones autonómicas a la hora de clasificar el suelo suelen distinguir entre suelo urbano consolidado y no consolidado, suelo urbanizable delimitado y no delimitado, suelo rústico, suelo de especial protección: paisajística, agrícola, suelo de núcleo rural, etc.

El suelo urbano es un suelo de carácter reglado, debe cumplir una serie de requisitos: acceso rodado público, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales, suministro de energía eléctrica, etc. Por el contrario, el suelo urbanizable lo constituyen aquellos terrenos que el planificador considere necesarios y adecuados para permitir el crecimiento de la población y de la actividad económica o para completar su estructura urbanística. Y, el suelo rústico es aquel que está sometido a algún régimen de especial protección de conformidad con la normativa sectorial o amenazados por riesgos naturales o tecnológicos incompatibles con la urbanización.

El planificador en la memoria del plan general debe definir los criterios para la clasificación del suelo del término municipal.

Si el planificador introduce cambios en el criterio de clasificación del suelo entre la fase de aprobación inicial y provisional se considerará que ha introducido una modificación sustancial. Llegados a este punto, debe plantearse qué debe entenderse por cambio de criterio.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En el caso urbanístico el criterio de clasificación del suelo es la regla básica que determina o define cuando estamos ante un determinado tipo de suelo. El suelo urbano, tal y como se indicó, tiene carácter reglado, pero, el suelo urbanizable, debe ser definido por el planificador según el modelo de expansión/ crecimiento que se prevea para el término municipal.

Por tanto, si, el planificador entre la fase de aprobación inicial y la provisional modifica el criterio/ regla para determinar el tipo de suelo, se produce una modificación sustancial.

Un ejemplo de modificación sustancial por cambio de criterio en la clasificación del suelo lo encontramos en la aprobación definitiva del plan general de Toledo, así es reconocido en la **STS 714/2014, de 27 de febrero,** Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo**,** al disponer en el fundamento de hecho segundo *b): Existe una* ***modificación del concepto de suelo rústico de protección paisajística*** *que se situaba en el límite norte del término municipal por encima de la línea nivel de los 925 metros, que era la regla contenida en las normas subsidiarias, pues, como hemos expresado y señala la sentencia de instancia, dicha regla se excepciona, sin justificación evidente, en un punto concreto que afecta a 538, 17 m2, clasificándose con la modificación de suelo urbanizable deportivo residencial.*

Lo mismo sucede con la calificación urbanística (La calificación es la asignación de usos (residencial, hostelero, comercial, etc.).

3. Modificación de la clasificación de suelo en una parcela concreta

Al objeto de determinar si la modificación de la clasificación o calificación de suelo de una parcela concreta entre, la fase de aprobación inicial y provisional se considera modificación sustancial resulta necesario traer a colación un supuesto concreto que ha sido resuelto por los Tribunales.

La aprobación inicial de las normas subsidiarias y complementarias de Colmenar de Oreja clasifica una parcela de 566 hectáreas, una parte, suelo urbanizable y otra como suelo no urbanizable. Posteriormente, la aprobación definitiva clasifica toda la parcela, 566 hectáreas, como suelo no urbanizable. Ante esta situación la propiedad interpone recurso contencioso administrativo al considerar que existe una modificación sustancial de plan entre la fase de aprobación inicial y definitiva.

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS 2003/1992, de 10 de marzo, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, al disponer: *(..)la repetición del trámite de información pública prevista en el art. 130 del reglamento de Planeamiento , que la actora reputa incumplido, como de su tenor se desprende y ha sido jurisprudencialmente interpretado, únicamente es exigitiva cuando las modificaciones a introducir en la aprobación provisional supongan un cambio sustancial en los criterios y soluciones inicialmente aprobados,* ***sustancialidad que ha de entenderse en el sentido de que los cambios supongan una alteración del modelo de planeamiento elegido y aprobado inicialmente, al extremo de hacerlo distinto y no diferente***

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

en aspectos puntuales y accesorios*, y a esto no llega el que una determinada superficie de suelo, clasificada inicialmente como suelo urbanizable, sea después objeto de clasificación como suelo no urbanizable,* ***puesto que con ello el modelo de planeamiento permanece intangible.***

En base a lo expuesto, puede indicarse que el Tribunal Supremo considera que la modificación de la clasificación del suelo de una determinada finca no afecta en nada al modelo de planeamiento elegido, sino que se trata de una modificación de un aspecto puntual y accesorio y, es por ello, por lo que no puede considerarse como modificación sustancial**.**

Esta previsión puede y debe ser extrapolable al caso de la calificación del suelo, dado que se trataría de una modificación compatible con la potestad discrecional del planificador.

4. Incremento de superficie de suelo urbanizable

¿El incremento de superficie de suelo urbanizable en todo el término municipal entre la fase de aprobación inicial y provisional o definitiva de un plan general se considera modificación sustancial?

Sobre esta cuestión se pronuncia la STS 7305/2004, de 11 de noviembre, Sala Tercera, de lo Contencioso, al disponer, en su fundamento de derecho sexto y la STS 408/2009, de 6 de febrero, Sala Tercera, de lo Contencioso, al disponer: *En el presente caso, no cabe ninguna duda de que el modelo propuesto inicialmente en la modificación (que era un cambio de emplazamiento del segundo campo de golf, desde suelo urbanizable no programado, que quedaba clasificado como suelo no urbanizable común, a un suelo no urbanizable común, que se reclasificaba como suelo urbanizable programado),* ***quedando radicalmente alterado en la aprobación provisional,*** *pues en ello* ***se creaba "ex novo****" un* ***tercer campo de golf no*** *previsto en la aprobación inicial y* ***una nueva urbanización de 700 viviendas*** *tampoco previstas en esa aprobación, manteniéndose el segundo campo de golf y la urbanización "Las Beatillas". En definitiva, la modificación provisional alteraba radicalmente el modelo urbanístico que contenía la aprobación inicial, y, en consecuencia, era exigible una nueva información pública, tal como se dijo la Sala de instancia, cuya sentencia debe por ello ser confirmada.*

A la vista de lo expuesto puede concluirse que, la jurisprudencia del TS, considera modificación sustancial el incremento significativo del suelo urbanizable entre la fase de aprobación inicial y provisional, por implicar un incremento poblacional para la ciudad no previsto en la aprobación inicial y que afecta, por tanto, a los servicios municipales.

5. Modificación de las ordenanzas de edificación en suelo urbano

Las ordenanzas de edificación son las que concretan las normas urbanísticas aplicables a cada tipo o clase de suelo. De modo que, en el suelo urbano las normas urbanísticas tendrán el carácter de ordenanzas de edificación y contendrán la reglamentación detallada del uso pormenorizado, volumen y condiciones

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

higiénico- sanitarias de los terrenos y construcciones, así como las características estéticas de ordenación, de la edificación y su entorno.

Se considera modificación sustancial de plan la modificación de las ordenanzas de suelo urbano cuando supongan un aumento de intensidad, variación de la tipología edificatoria, aumento de edificabilidades, número de plantas, supresión de viales, supresión o reducción de espacios libres de uso público, supresión de dotaciones comunitarias, supresión de aparcamientos **siempre que ésta tengan un carácter generalizado** tanto desde una ***perspectiva cuantitativa*** *(con la importante afectación al número de manzanas) como* ***cualitativa*** *(con la igualmente importante alteración de la ordenanza de aplicación, edificabilidad, aprovechamiento, etc.).* Al implicar una desnaturalización del modelo inicialmente previsto. En este sentido se pronuncia la STS 7305/2004, de 11 de noviembre de 2004, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo.

6. Cambio de sistema general de actuación

Los sistemas generales de actuación son instrumentos a través de los cuales se desarrolla, desde el punto de vista urbanístico, un determinado polígono, unidad de actuación o unidad de ejecución. El plan general debe elegir y, por tanto, motivar el sistema de gestión por el que opta para el desarrollo de la totalidad de polígonos, unidades de actuación o unidades de ejecución.

Si el modelo de gestión previsto en el documento de aprobación provisional para la totalidad del término municipal varía con respecto al de la aprobación inicial, podría considerarse **un cambio sustancial en el modelo de gestión de la ciudad**. Pero, por el contrario, si únicamente se modifica el modelo de gestión en una unidad de actuación, en un polígono concreto sin afectar al modelo concebido este cambio no será de tipo sustancial.

En este sentido resulta ilustrativa la STS 2089/2009, **de 21 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo** al indicar que el establecimiento de un sistema de gestión sistemático, concretamente, el de compensación, en vez de actuaciones aisladas, que eran las inicialmente previstas, no constituye una modificación sustancial de planeamiento que precise de nueva información pública.

De las sentencias citadas puede concluirse que, la modificación de un sistema de actuación no implica una redefinición del modelo de ordenación urbanística y, por tanto, no puede considerarse modificación sustancial. Pero, por el contrario, si se produce una modificación en el modelo de gestión del suelo de todo el término municipal, a juicio de quien subscribe, si podría considerarse modificación sustancial ya que, el modelo de gestión previsto en la memoria del documento de aprobación inicial variaría con respecto al documento de aprobación provisional.

Por último, resta plantear si se considera modificación sustancial el cambio de un sistema general a local, esta cuestión debe ser contestada en sentido negativo, dado que no variar el modelo territorial elegido y tratarse,

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

por tanto, de la modificación de un aspecto concreto y puntual del plan, así lo ha afirmado el fundamento de derecho quinto de la STS 6915/2003, el 6 de noviembre, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo.

III. PROCEDIMIENTO PARA INTRODUCIR MODIFICACIONES SUSTANCIALES ENTRE LA FASE DE APROBACIÓN INICIAL Y PROVISIONAL

El único límite al ejercicio del ius variandi de la administración entre la fase de aprobación provisional y definitiva, es el de la publicidad *(..)en la tramitación de los planes urbanísticos* ***debe reiterarse la fase de información pública siempre que tras su aprobación inicial se modifique su ordenación de una manera sustancial,*** *entendiéndose por tal la alteración global del plan, en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio modelo de planeamiento elegido.*

Sentado lo anterior, puede concluirse que, si la administración introduce modificaciones de carácter sustancial entre la fase de aprobación inicial y provisional del plan general, el documento debe, obligatoriamente, someterse a una nueva fase de información pública antes de proceder a la aprobación provisional ya que, en caso contrario el planeamiento adolecería de un vicio de nulidad. Así es reconocido entre otras, en la STS de 27 de febrero de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo al disponer *pues bien, no obstante el tenor literal de tales preceptos, esta Sala y Sección se ha pronunciado recientemente sobre la interpretación de los mismos en cuanto la necesidad de un nuevo trámite de información pública cuando concurran modificaciones sustanciales, mediante sentencia de fecha 27 de diciembre de 2010, que termina con pronunciamiento estimatorio del recurso contencioso-administrativo,* ***anulando el instrumento de planeamiento*** *(..) por no haberse sometido a un nuevo trámite de información pública.*

IV. CONCLUSIONES

1º. La ordenación urbanística y, por tanto, la elección del modelo de ciudad es una potestad discrecional del órgano de gobierno (administración local) con una serie de límites: **elementos reglados** (suelo urbano), exigencia de **motivación** (memoria motivada) y **control** (ciudadano, a través de la información pública, Autonómico (órgano competente para la aprobación definitiva) y judicial.

2º. Ha quedado acreditado, tanto en la normativa Autonómica como en la Estatal supletoria, que, por regla general, el plan general cuenta con **tres fases de tramitación: aprobación inicial, provisional y definitiva.**

Existe unanimidad en las diversas legislaciones Autonómicas respecto al órgano competente para la aprobación inicial (pleno de la corporación por mayoría absoluta artículo 22 y 127.c) LBRL) y aprobación definitiva (Consejería competente en materia de ordenación urbanística o bien, el pleno de la corporación). No obstante, **con respecto a la aprobación provisional existen lagunas normativas**. Del estudio realizado puede concretarse lo siguiente:

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Si en el documento de aprobación provisional introduce modificaciones sustanciales, el órgano competente para la aprobación será el que la aprobó inicialmente (pleno de la corporación) y si no se introducen modificaciones sustanciales podrá o bien, ser el pleno (si la aprobación definitiva le corresponde al Consejero competente en materia urbanística) o bien, al Alcalde (competencia aprobación definitiva Pleno).

3º. La administración en ejercicio del ius variandi puede modificar el documento entre la aprobación inicial y provisional. No obstante, si la modificación es de tipo sustancial es necesario una nueva exposición pública antes de la aprobación.

4º. El problema estriba en determinar qué se entiende por **modificación sustancial** al ser éste un **concepto jurídico indeterminado.** Los Tribunales consideran que existe **modificación sustancial** cuando se produce la alteración global del plan en sus **aspectos esenciales afectando a los elementos estructurales** y, por tanto, al modelo de planeamiento elegido. Se trata de un **nuevo esquema que altera de manera importante, global y esencial las líneas y criterios básicos del planeamiento previamente aprobado.**

V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

ACEDO-RICO HENNIG, F., "las modificaciones sustanciales en los planes de ordenación municipal ", disponible en www.eleconomista.es, 6 de marzo de 2015 (fecha de consulta 8 de mayo de 2019).

CRIADO SÁNCHEZ, A.J., "las modificaciones sustanciales en la tramitación del plan general", disponible en www.reurbanismo.es, 26 de mayo de 2010 (fecha de consulta 8 de mayo de 2019).

DELGADO BARRIO, J., "El control de la discrecionalidad del planeamiento", Delgado Barrio, J., El planeamiento urbanístico. Control de la discrecionalidad, 1.ª edición, civitas, Madrid, 1993.

PUIG MARCO, R., "las modificaciones sustanciales tras la información pública de un PGOU se consideran de interés casacional objetivo", disponible en www.eysmunicipales.es y www.terraqui.com, 5 de abril de 2019 (fecha de consulta 2 de mayo de 2019).

Sergio Clavero, M., "modificaciones sustanciales en la aprobación PGOU", disponible en claveroabogados.com, 13 de mayo de 2017 (fecha de consulta 2 de mayo de 2019).

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., El control del planeamiento urbanístico, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

STS 1255/2016, de 1 de junio, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

STS 714/2014, de 27 de febrero, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

STS 2003/1992, de 10 de marzo, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

STS 7305/2004, de 11 de noviembre, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

STS 6915/2003, de 6 de noviembre, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo

STS 2056/2016, de 26 de septiembre, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

STS 261/2016, de 3 de febrero, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 2/2026

Junio

ISSN 2792-226X

REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR LA COMUNICACIÓN DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR PARA CONSIDERAR DICHO ACUERDO DE INICIO VÁLIDO A EFECTOS DE FINALIZAR EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS DERIVADOS DE LA NORMATIVA DE CADA TRIBUTO E IMPEDIR ASÍ QUE SURJA LA ESTIMACIÓN POR SILENCIO POSITIVO

José Luis Piquer Torromé

Profesor de Derecho Tributario Universitat de València

SUMARIO: *I. Introducción. II. El procedimiento de devolución de ingresos indebidos y el silencio administrativo positivo. III. El inicio del procedimiento inspector como causa de finalización del procedimiento de devolución. 1. Marco normativo aplicable. 2. Requisitos de la comunicación de inicio. IV. La doctrina del Tribunal Supremo en la STS 51/2024. 1. Cuestión de interés casacional. 2. Respuesta jurisprudencial. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el procedimiento de devolución de ingresos indebidos derivados de la normativa de cada tributo y el procedimiento de inspección tributaria constituye uno de los ámbitos en los que con mayor frecuencia se producen conflictos entre las garantías del obligado tributario y las potestades de comprobación e investigación de la Administración. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), establece en su art. 31 que la Administración debe resolver las solicitudes de devolución en el plazo de seis meses, transcurrido el cual sin resolución expresa, el obligado tributario tiene derecho a la devolución con los intereses de demora correspondientes. Sin embargo, la misma LGT prevé, en su art. 127, que el inicio de un procedimiento de inspección puede poner fin al procedimiento de devolución en curso, lo que genera una tensión permanente entre ambas regulaciones que la jurisprudencia ha tenido que delimitar con precisión[1].

Esta tensión normativa no es nueva. La doctrina tributaria ha subrayado reiteradamente que el silencio administrativo positivo en materia de devoluciones no es un mero expediente técnico, sino una garantía sustantiva del obligado tributario frente a la inactividad de la Administración.[2] El Tribunal Supremo, en la STS

[1] Sobre la estructura general de los procedimientos tributarios y la articulación entre comprobación e inspección, véase MARTÍN QUERALT, J./LOZANO SERRANO, C./POVEDA BLANCO, F., Derecho Tributario, 27ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 301 y ss.; y PALAO TABOADA, C., La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 87-90.

[2] En este sentido, FALCÓN Y TELLA, R., "El silencio positivo en materia tributaria", Quincena Fiscal, núm. 4, 2022, pp. 7-12, quien subraya que la eficacia garantista del silencio positivo quedaría vaciada si la Administración pudiera enervarla mediante actuaciones formalmente defectuosas. En el mismo sentido, CHICO DE LA CÁMARA, P., "La devolución

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de 4 de marzo de 2022, RCA 2946/2020, ya había sentado jurisprudencia sobre la producción del silencio positivo en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, reconociendo que la inactividad administrativa genera un crédito en favor del solicitante materializable por la vía del art. 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA). La STS 51/2024 viene a precisar, con carácter de doctrina casacional, cuáles son los requisitos que debe reunir la comunicación de inicio del procedimiento inspector para que surta el efecto de poner fin al procedimiento de devolución antes de que se consolide el silencio positivo, y con ello delimita con mayor rigor los presupuestos de aplicación del art. 127 LGT.

El litigio que da origen a la resolución comentada tiene su punto de partida en la solicitud de devolución del IVA del ejercicio 2018 presentada por la mercantil TOP MARKETING SOLUTIONS, S.L.U. por importe de 18.993,06 euros. La Administración tributaria, en lugar de resolver expresamente la solicitud dentro del plazo de seis meses, inició un procedimiento de inspección, cuya comunicación de inicio fue notificada al administrador y socio único de la entidad el 7 de mayo de 2019, antes de que venciera el referido plazo. La Administración entendió que dicha comunicación, al amparo del art. 127 LGT, había puesto fin al procedimiento de devolución, de modo que no había transcurrido el plazo para que se produjera el silencio positivo. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sin embargo, estimó el recurso de la empresa y ordenó la devolución del importe solicitado, al considerar que la comunicación de inicio no contenía un pronunciamiento expreso sobre la finalización del procedimiento de devolución, como exigen los arts. 87.3 y 97.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante, RGAT). Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el Abogado del Estado, lo que dio lugar a la STS 51/2024.[3]

Desde un punto de vista sistemático, la cuestión planteada en el recurso de casación trasciende el caso concreto. El auto de admisión determina como cuestión de interés casacional la interpretación de los arts. 87.3, 97.2 y 153 RGAT a la luz del principio de buena administración, reconocido en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y cuya aplicación al ámbito tributario ha sido progresivamente consolidada tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina académica.[4] La pregunta de fondo es si la Administración puede valerse del inicio de un procedimiento inspector para enervar el silencio positivo sin cumplir las exigencias formales que la propia normativa reglamentaria impone a la comunicación

derivada de la normativa del tributo y el silencio positivo tras la LGT de 2003", Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 280, 2006, pp. 319-346.

[3] STS 51/2024, de 15 de enero, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, ponente Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Salas. RCA 3942/2022. ECLI:ES:TS:2024:51.

[4] Sobre el principio de buena administración en el derecho tributario, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., "El principio de buena administración en los procedimientos tributarios", Civitas Revista Española de Derecho Financiero, núm. 198, 2023, pp. 11-34. El Tribunal Supremo ha consolidado su aplicación en materia tributaria, entre otras, en las SSTS de 13 de febrero de 2019 (RCA 4976/2017) y de 22 de noviembre de 2021 (RCA 2931/2020).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

de inicio, o si, por el contrario, el incumplimiento de dichos requisitos formales produce la ineficacia del efecto interruptivo y permite al obligado tributario invocar el derecho a la devolución nacido del silencio.

El presente comentario analiza la STS 51/2024 siguiendo el *iter* argumental de la propia sentencia. En primer lugar, se expone el régimen del procedimiento de devolución de ingresos indebidos y los efectos del silencio administrativo positivo (apartado II). A continuación, se estudia el inicio del procedimiento inspector como causa de finalización del procedimiento de devolución, con especial atención al marco normativo aplicable y a los requisitos exigidos por el RGAT para la comunicación de inicio (apartado III). En el apartado IV se analiza la doctrina casacional fijada por el Tribunal Supremo, tanto en lo relativo a la cuestión de interés casacional como a la respuesta jurisprudencial ofrecida. Finalmente, se formulan las conclusiones (apartado V) y se incluye la bibliografía y jurisprudencia citadas (apartado VI).

II. EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

La empresa TOP MARKETING SOLUTIONS, S.L.U. solicitó una devolución de IVA correspondiente al año 2018 por importe de 18.993,06 euros. Ante la falta de respuesta de la Administración en el plazo legalmente previsto, se produjo un acto administrativo firme por silencio administrativo positivo.

El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de la empresa, ordenando a la Administración devolver el importe solicitado. La Administración, por su parte, argumentó que el inicio de actuaciones inspectoras dentro del plazo establecido debía considerarse como la finalización del procedimiento de devolución, negando así el derecho al reconocimiento por silencio administrativo.

III. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR COMO CAUSA DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN

1. Marco normativo aplicable

Los debates jurídicos clave del litigio giran en torno a la interpretación del art. 127 LGT y de varios artículos del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante, RGAT), en particular sus arts. 87.3, 97.2 y 153.

2. Requisitos de la comunicación de inicio

El auto de admisión de la casación pide determinar, interpretando los arts. 87.3, 97.2 y 153 RGAT conforme al principio de buena administración, qué requisitos debe cumplir la comunicación de inicio del procedimiento inspector para considerar dicho acuerdo de inicio válido a efectos de finalizar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos derivados de la normativa de cada tributo, y aclarar si la falta de cita expresa del art. 127 LGT y 153 RGAT en el acuerdo de inicio del procedimiento inspector supone una incorrecta indicación de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la finalización de otro procedimiento de aplicación de los tributos - en este caso de devolución de ingresos indebidos -, cuando dicha finalización se derive de la comunicación de inicio del procedimiento que se notifica. En el origen de este litigio se encuentra la supuesta inactividad de la Administración al no proceder a ejecutar un acto administrativo firme previamente producido por silencio administrativo positivo, por el que la recurrente en la instancia, Top Marketing Solutions, SLU, habría obtenido el derecho a la devolución del IVA del ejercicio 2018.

Debe recordarse que la Sala, en la STS de 4 de marzo de 2022, RCA 2946/2020, sentó la siguiente doctrina jurisprudencial: en el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, las devoluciones solicitadas sobre la base de la improcedencia de la cuantía retenida sobre determinados premios de Loterías y Apuestas del Estado de acuerdo con lo previsto en el Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, constituyen devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo a los efectos del art. 31 LGT, generando, la falta de respuesta de la Administración, un crédito en favor del solicitante (silencio positivo), resultando de aplicación, en su caso, el art. 29.1 de la LJCA para materializar la correspondiente devolución.

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA STS 51/2024

1. Cuestión de interés casacional

La cuestión que subyace y que debe ser abordada es si efectivamente puede tenerse por iniciado, dentro del plazo referido, el procedimiento de comprobación que puso fin al procedimiento de devolución. El Abogado del Estado sostiene que el procedimiento iniciado con la solicitud de devolución finalizó el 7 de mayo de 2019 al amparo de lo dispuesto en el art. 127 LGT, por lo que, al no haber dejado transcurrir la Administración el plazo de seis meses para resolver dicha solicitud, no existe acto alguno, ni expreso ni presunto, que reconozca el derecho a la devolución instada el 3 de enero de 2019.

La sentencia recurrida en casación, si bien parte de que a la sociedad recurrente en la instancia se le comunicó el inicio de un procedimiento de inspección antes de haber transcurrido seis meses desde la presentación de la solicitud de devolución, sostiene sin embargo que no consta ningún pronunciamiento sobre la finalización del procedimiento de devolución, por lo que concluye, con cita de los arts. 97.2 y 87.3 RD 1065/2007, que era necesario haber efectuado un pronunciamiento expreso sobre la finalización del procedimiento de devolución.

2. Respuesta jurisprudencial

La comunicación de inicio del procedimiento inspector a efectos de dar por finalizado otro procedimiento de aplicación de los tributos, en este caso el de devolución derivada de la normativa reguladora de cada tributo, deberá contener las indicaciones que se recogen en los arts. 87.3, 97 y 153 RGAT, entre otras, la indicación de

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

la finalización de otro procedimiento de aplicación de los tributos cuando dicha finalización se derive de la comunicación de inicio del procedimiento que se notifica.

Ahora bien, la falta de cita expresa del art. 127 LGT y 153 RGAT en el acuerdo de inicio del procedimiento inspector no implica la falta de validez de la finalización de otro procedimiento de aplicación de los tributos -en este caso, de devolución derivada de la normativa reguladora de cada tributo -, toda vez que su finalización deriva de la propia ley.

V. CONCLUSIONES

La STS 51/2024 establece una doctrina clara sobre los requisitos formales de la comunicación de inicio del procedimiento inspector cuando esta tiene por efecto la finalización de un procedimiento de devolución en curso. La Administración no está obligada a citar expresamente el art. 127 LGT y el art. 153 RGAT en el acuerdo de inicio, pero sí debe hacer constar de forma suficiente que la comunicación supone la finalización del procedimiento de devolución, en cumplimiento de las exigencias de los arts. 87.3, 97 y 153 RGAT y del principio de buena administración. La omisión de dicha indicación produce la ineficacia del acuerdo de inicio como causa de terminación del procedimiento de devolución, con las consecuencias derivadas del silencio administrativo positivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

STS 51/2024, de 15 de enero, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. ECLI:ES:TS:2024:51.

STS de 4 de marzo de 2022, RCA 2946/2020, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS de 13 de febrero de 2019, RCA 4976/2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

STS de 22 de noviembre de 2021, RCA 2931/2020, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

Doctrina

CHICO DE LA CÁMARA, P., "La devolución derivada de la normativa del tributo y el silencio positivo tras la LGT de 2003", Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 280, 2006.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., "El principio de buena administración en los procedimientos tributarios", Civitas Revista Española de Derecho Financiero, núm. 198, 2023.

FALCÓN Y TELLA, R., "El silencio positivo en materia tributaria", Quincena Fiscal, núm. 4, 2022.

MARTÍN QUERALT, J./LOZANO SERRANO, C./POVEDA BLANCO, F., Derecho Tributario, 27ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

PALAO TABOADA, C., La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal, Lex Nova, Valladolid, 2009.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

EL DEVENGO DE INTERESES DE DEMORA Y SU CÓMPUTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Irene Truyols Cantallops

Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Baleares

SUMARIO: *I. Introducción. II Aplicación del artículo 198.4 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. 1 Regulación del art. 198.4 de la LCSP. 2. Análisis de la doctrina jurisprudencial a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª Sección 3º núm. 1880/2024 de 26 de noviembre de 2024, recurso de casación 6115/2021 b) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª Sección 3º núm. 1711/2025 de 22 de diciembre de 2025 , recurso de casación 4560/2023 c) Auto del TS, Contencioso sección 1 del 11 de marzo de 2026 recurso 6510/2024. III Jurisprudencia consultada y analizada*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del devengo y cómputo de los intereses de demora por facturas incursas en mora que derivan de contratos públicos ha sido y es un tema constante de la jurisprudencia.

La cuestión sigue presentando interés casacional, al admitirse recientemente un recurso de casación en materia de demora en el pago de precio cuyo fin es reafirmar, reforzar, completar o matizar la jurisprudencia sobre la determinación del *dies a quo* para el devengo de intereses de demora por impago de facturas. Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo sección 1 del 11 de marzo de 2026, recurso de casación 6510/2024 y al que haremos referencia posteriormente.

La polémica ha girado y gira sobre si, el *dies a quo* debe iniciarse trascurrido los 30 días para la comprobación y aprobación de la factura o a dichos 30 días debe añadirse otros 30 días adicionales para el pago. No se pretende en este artículo dar una solución al problema, más cuando como se ha dicho que recientemente se sigue planteando la cuestión de interés casacional, sino plasmar la polémica haciendo referencia a las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo al interpretar el anterior artículo 216.4 de la TRLCSP actual artículo 198.4 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al plantear el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Valladolid mediante Auto de 22 de septiembre de 2020 una cuestión prejudicial.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 2, 4, apartado 1, 6 y 7, apartados 2 y 3, de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Dicho órgano jurisdiccional se pregunta cómo ha de interpretarse el artículo 198.4 de la ley 9/2017 ,que establece un período de pago de 60 días en todo caso y para todos los contratos, previendo un período inicial de 30 días para la aprobación y otros 30 días adicionales para el pago, habida cuenta de la Directiva 2011/7

Otros planteamientos que hizo el órgano jurisdiccional remitente fue, sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 2011/7 para determinar si, cuando se presenta una reclamación que engloba un conjunto de facturas vencidas e impagadas, debe abonarse la cantidad fija de 40 euros prevista en dicha disposición por cada factura o por cada reclamación y si el artículo 2, punto 8, de la Directiva 2011/7 permite computar, a efectos del cálculo del interés de demora, el importe del IVA indicado en la factura no pagada a su vencimiento por el deudor, incluso cuando en la fecha en que se produzca dicha demora el acreedor sujeto pasivo aún no haya abonado ese importe a la Hacienda Pública. Centrándose el presente artículo únicamente en la primera cuestión sobre el cómputo de intereses de demora, no porque las otras cuestiones sean menos interesantes que no lo son y de igual forma que la primera ha suscitado infinidad de pronunciamientos judiciales y de doctrina casacional sino por centrar el tema sólo en los intereses de demora y su cómputo. Para ello se analizará el art. 198 de la LCSP y los pronunciamientos judiciales existentes y su cambio o confirmación.

II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 198.4 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. El art. 198. 4 de la LCSP

Dispone dicho artículo : "La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono".

En el mismo sentido, el anterior art. 216.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Análisis de la doctrina jurisprudencial

a) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª Sección 3º núm. 1880/2024 de 26 de noviembre de 2024, recurso de casación 6115/2021

El Tribunal Supremo entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y en concreto para confirmar, matizar, complementar o, en su caso, revisar la doctrina de esta Sala Tercera acerca del *dies a quo* del devengo de los intereses de mora y, en detalle, tal como indica la Sentencia, *si el primer plazo de treinta días que la Ley atribuye a la Administración para comprobar y aprobar la factura es irrenunciable, en el sentido de que resulta necesario que transcurra este plazo, con independencia de que se hayan realizado o no los trámites correspondientes de comprobación o aprobación del gasto, para poder computar el segundo plazo de treinta días cuyo vencimiento determina de forma inexorable estar incurso en mora.* Identificando como norma jurídica objeto de interpretación la contenida en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 216 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en la actualidad, en los mismos términos, artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Tribunal Supremo tras hacer referencia a la doctrina fijada en su Sentencia núm. 427/2021, de 24 de marzo de 2021 , recurso de casación 6689/2019), cuando indicó que *3º Tales reglas se conjugan con las previsiones del artículo 216.4 de la LCSP 2011 y que reitera el vigente artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2017). Se prevé así que con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación, y si una vez aprobada transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora y se inicia el devengo de intereses*, entiende que no resulta admisible fijar el *dies a quo* sin tener en cuenta el transcurso de los plazos estipulados de que dispone la Administración para verificar la conformidad de la obra y efectuar el pago y reitera la doctrina jurisprudencial formulada, en el sentido de que *con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación, y si una vez*

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

aprobada transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora y se inicia el devengo de intereses, con independencia de que la Administración no hubiere formulado ninguna objeción en la fase de comprobación.

En resumen, el Tribunal Supremo distingue en lo que concierne al plazo para el pago del precio del contrato, un plazo de 30 días para que las oportunas comprobaciones que pueda realizar la Administración y dar su conformidad desde, la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio y otro plazo que añade de 30 días adicionales para realizar el pago desde la comprobación y aprobación. En el bien entendido que el plazo de comprobación, de los primeros 30 días, debe correr con independencia de que la Administración realice o no los trámites correspondientes y transcurrido dicho plazo comienza el cómputo del segundo plazo de 30 días.

b) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª Sección 3º núm. 1711/2025 de 22 de diciembre de 2025 , recurso de casación 4560/2023

El Tribunal Supremo en dicha Sentencia reciente, vuelve a analizar los requisitos para el devengo de intereses de demora por retraso en el pago, abordando si, en contratos públicos de servicios, el devengo de intereses de demora debe comenzar a los 30 días desde la presentación de la factura o, por el contrario, tras un procedimiento previo de verificación pactado en el contrato y para ello no sólo acude a la regulación estatal y a las doctrina jurisprudencial, reiterando algunas consideraciones que ya expuso en su sentencia nº 1132/2025, de 19 de septiembre de 2025, casación 4575/2022 sino que analiza la incidencia de la Directiva 2011/7, en concreto se concluye que *el anterior artículo 216.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre hoy art. 198.4 de a LCSP, permite a las partes de un contrato administrativo fijar en las cláusulas contractuales un régimen de pago al contratista diferente al previsto en el citado precepto siempre que no sea abusivo para el contratista ni tampoco contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, de transparencia y de eficiencia entendidos como principios esenciales de la contratación en el ámbito del sector público que actúan como límites en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.*

En ningún caso, la libertad de pactos permite a las partes de un contrato administrativo acordar cláusulas que supongan privar a la Administración de la potestad que tiene para realizar los ajustes y las comprobaciones necesarias en relación con los servicios prestados por el contratista antes de proceder a su pago ya que esa facultad supone una manifestación del principio de eficiencia en cuanto al uso óptimo de los recursos públicos en la medida en que pretende apreciar que los servicios prestados se adecuan efectivamente a la ejecución del contrato formalizado.

En relación con el ejercicio de esa potestad por parte de la Administración, las partes de un contrato administrativo únicamente pueden adoptar pactos que supongan reducir el plazo máximo de 30 días previsto en el artículo 216.4 antes citado.

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

La Sentencia desgrana el artículo 4 de la Directiva 2011/7 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones, las "Operaciones entre empresas y poderes públicos" y dada su síntesis se reproduce literalmente: *En primer lugar, que el devengo de los intereses de demora se produce sin necesidad de aviso de vencimiento siempre que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales, así como que no haya recibido la cantidad adeudada a tiempo, a menos que el retraso no sea imputable al deudor (apartado 1 del artículo 4) (...) Así, en segundo lugar, la de que los Estados miembros han de velar porque, en las operaciones comerciales en las que el deudor sea un poder público, el plazo de pago no supere ninguno de los plazos que se señalan y la fecha de recepción de la factura no sea objeto de acuerdo contractual entre el deudor y el acreedor (apartado 3 del artículo 4), imponiéndose así una obligación específica (sentencia Comisión/Italia, citada, apartado 43).*

En tercer lugar, en relación con el plazo máximo para el pago, el mismo se fija en la Directiva atendiendo a las circunstancias que pueden concurrir: con carácter general, 30 días naturales, desde la fecha en la que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente; pero, si la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente resulta dudosa, el plazo comienza 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; y, finalmente, si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o de comprobación en virtud del cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente a más tardar en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días naturales después de dicha fecha [apartado 3, letra a) del artículo 4].

En cuarto lugar, respecto de estos plazos máximos, también se impone a los Estados miembros la obligación de velar porque la duración máxima del procedimiento de aceptación o verificación mencionado al final del párrafo anterior -el supuesto previsto en el apartado 3.a).iv) del artículo 4-, no exceda de 30 días naturales a partir de la fecha de recepción de los bienes o servicios, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y en alguno de los documentos de licitación y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor (apartado 5 del artículo 4), de lo que se sigue que la Directiva no concibe que el procedimiento de aceptación o de comprobación sea inherente a las operaciones concernidas, sino que debe estar expresamente previsto legal o contractualmente y, en estos casos, sujeto a la limitación temporal señalada.

En quinto lugar, en cualquier supuesto, no cabe que en los contratos se fijen plazos de pago más largos que los indicados, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que ello esté objetivamente justificado por la naturaleza o las características particulares del contrato y que, en ningún caso, excedan de 60 días naturales (apartado 6 del artículo 4).

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

Por último, la Sentencia indica que las reglas expuestas, admiten excepciones, pues los Estados miembros, cumpliendo algunos requisitos, podrán ampliar los plazos señalados, hasta un máximo de 60 días naturales, cuando se realicen determinadas actividades o se presten ciertos servicios, según el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva

Recordemos que el apartado 4 del art. 4 de Directiva 2011/7 dispone: Los Estados miembros podrán ampliar los plazos recogidos en el apartado 3, letra a), hasta un máximo de 60 días naturales cuando se trate de:

a. poderes públicos que realicen actividades económicas de carácter industrial o mercantil y entreguen bienes o presten servicios en el mercado y que, en su calidad de empresas públicas, estén sometidos a los requisitos en materia de transparencia recogidos en la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas [(DO 2006, L 318, p. 17)];
b. entidades públicas que presten servicios de asistencia sanitaria y que estén debidamente reconocidas para ello.

Si un Estado miembro decide ampliar los plazos de conformidad con el presente apartado, enviará a la Comisión un informe sobre dicha ampliación a más tardar el 16 de marzo de 2018.

Pues bien, el Tribunal Supremo sitúa en dichos supuestos excepcionales la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2022 , que declaró que se opone al Derecho de la Unión Europea: *Una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo este compuesto por un plazo inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un periodo adicional de 30 días para el pago del precio acordado.*

Es decir, según el TJUE, lo que se opone al Derecho de la Unión Europea no es la existencia de un plazo de pago de 60 días naturales, sino que se entienda que dicha regla es con carácter general.

De todas formas, la misma cuestión de la determinación del dies a quo sigue planteándose, como ejemplo el reciente ATS, Contencioso sección 1 del 11 de marzo de 2026 recurso 6510/2024.

c) Auto del TS, Contencioso sección 1 del 11 de marzo de 2026 recurso 6510/2024

El auto admite el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia nº 717/2024, de 5 de marzo de 2024, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recaída en el procedimiento ordinario n.º 3360/2021, declarando que la cuestión que presenta

Nº 2/2026
Junio
ISSN 2792-226X

interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es *reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar, nuestra jurisprudencia sobre la determinación del dies a quo para el devengo de intereses de demora por impago de facturas en el sentido de determinar, una vez comprobado por la Administración que los servicios prestados se adecuan efectivamente a la ejecución del contrato formalizado, en qué plazo debe abonar la Administración el importe de la factura, a efectos de determinar el dies a quo para el devengo de intereses de demora, esto es, si debe efectuarlo en el mismo plazo de 30 días desde la presentación de la factura (comprobación y pago en 30 días) o bien, si dispone de un plazo de 30 días desde la comprobación la factura (plazo de comprobación más 30 días para el pago).*

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación: los artículos 216.4, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (que se corresponde con el actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), y el artículo 4.2 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Así pues, la polémica continua y habrá que esperar a nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo para conocer si se matiza, cambio o mantiene la doctrina jurisprudencial descrita en los apartados anteriores.

III. JURISPRUDENCIA CONSULTADA Y ANALIZADA

STS, Sala 3ª Sección 3º núm. 1880/2024 de 26 de noviembre de 2024, recurso de casación 6115/2021.

STS, Sala 3ª Sección 3º núm. 1711/2025 de 22 de diciembre de 2025 , recurso de casación 4560/2023.

Auto del TS, Contencioso sección 1 del 11 de marzo de 2026 recurso 6510/2024.

STJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2022.

Nº 2/2026
Junio
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 2/2026
Junio
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