*N º 3/2026*

*Septiembre*

*ISSN 2792-226X*

# REVISTA DEL

## Centro de estudios jurídicos y de postgrado

CEJUP



Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# SUMARIO

## Jurisprudencia Penal

***PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS Y CONTROL EFECTIVO DE LA DETENCIÓN: DEL ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ATESTADO A LA PROHIBICIÓN DE INADMISIÓN DE FONDO SIN OÍR AL DETENIDO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 188/2025, DE 15 DE DICIEMBRE.*** ***Noelia Ahijón de Haro****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 6***

***EL INFORME PERICIAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CUESTIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS.*** ***Cristina del Alcázar Viladomiu****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Profesora asociada Universidad Pompeu Fabra.* ***Pág. 17***

***LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: DOS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES DESDE LA STS 401/2020, DE 17 DE JULIO, Y LA STS 6/2021, DE 13 DE ENERO.*** ***Alfonso Allué Fuentes****. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.* ***Pág. 33***

***COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 467/2026, DE 2 DE JULIO. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES.*** ***M.ª Belén Crespo Cazorla****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Valladolid.* ***Pág. 47***

***NON BIS IN IDEM Y DOBLE ALEVOSÍA EN ASESINATO DE PERSONAS DESVALIDAS. A VUELTAS SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL Nº 516/2026 DE 21 DE JULIO DE 2026, PONENTE D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA.*** ***Consuelo Domingo Muñoz****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.* ***Pág. 57***

***EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 41/2015: ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.*** ***Rosa María González Carrasco.*** *Letrada de la Administración de Justicia de la Oficina del Jurado AP de Barcelona.* ***Pág. 71***

***EL ALCANCE DE LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.*** ***Sara Hernández García****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 88***

***LA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA POR EL TRIBUNAL PENAL Y EL DERECHO DE DEFENSA: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2023 (C-175/22).*** ***Carlos Luis Herráiz Rivera****. Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 97***

***EL DELITO CONTINUADO Y LA COSA JUZGADA PENAL: BREVE COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA II, 69/2025 DE 30 DE ENERO.*** ***Pedro Macías Montes****. Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.* ***Pág. 116***

***COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 519/2026, DE 23 DE JULIO. NULIDAD DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA POR CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD Y DISOLUCIÓN ANTICIPADA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.*** ***Sofía Maraña García.*** *Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 128***

***LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: REGULACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RECIENTE.*** ***María Luisa Moreno Vera****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 137***

***DELITOS INFORMÁTICOS Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ERA DIGITAL.*** ***María Teresa Pérez Martínez de Ibarreta****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 152***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

## Doctrina Penal

***EL LEVANTAMIENTO DE CADÁVER ANTE UNA MUERTE VIOLENTA.*** ***Sandra Barrera Vinent****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 164***

***LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL. PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 544 BIS LECr, DELIMITACIÓN FRENTE A LA ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 544 TER Y TUTELA ESPECÍFICA DE LOS MENORES CONFORME AL ARTÍCULO 544 QUINQUIES Y AL ARTÍCULO 158 CC.*** ***Anna Blasco Soler.*** *Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha.* ***Pág. 172***

***JUSTICIA UNIVERSAL. ENTRE LA TRADICIÓN, LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y AMBIENTAL.*** ***Laura Chamoso Cascón****. Letrada de la Administración de Justicia.* ***Pág. 198***

***EL DERECHO EN LA ERA DIGITAL.*** ***M.ª Olivia Galán Azofra****. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca.* ***Pág. 212***

***LAS DILIGENCIAS DE ACCESO Y REGISTRO DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS: REQUISITOS, LÍMITES Y PROBLEMAS DE EJECUCIÓN PRÁCTICA.*** ***María Paula Galán Isla****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia.* ***Pág. 220***

***LA ENTRADA VIRTUAL DE DRONES Y CÁMARAS EN LUGARES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS.*** ***María Jesús Hermoso Ayuso****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.* ***Pág. 244***

***OBTENCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS.*** ***Pino Esther Hormiga Franco****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Licenciada en Criminología.* ***Pág. 266***

***EL HALLAZGO CASUAL EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL.*** ***Marta del Carmen Luna Cantarero****. Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Badajoz.* ***Pág. 278***

***LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL: DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL A SU REGULACIÓN LEGAL E INTERPRETACIÓN TRAS LA LO 13/2015.*** ***Jaime Montero Román.*** *Abogado.* ***Pág. 288***

***EL CONTROL ECONÓMICO FEDERATIVO COMO ANTECEDENTE INSTITUCIONAL DEL COMPLIANCE PENAL EN EL FÚTBOL ESPAÑOL.*** ***David Olmo Perezagua****. Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 309***

***EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.*** ***Dacil Rodríguez Méndez****. Abogada de los Ilustres Colegios de Abogados de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas.* ***Pág. 325***

***JUICIO SOBRE DELITOS LEVES, EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TASADA.*** ***M.ª Ángeles Roselló Juárez****. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Tarragona.* ***Pág. 339***

## Jurisprudencia Civil

***LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES COMO CAUCE EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE PARA LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTACIÓN BANCARIA: COMENTARIO AL AUTO DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2026.*** ***Evelin Agüera Perálvarez.*** *Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 354***

***LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO PSICOLÓGICO Y SU DISTINCIÓN DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD SUCESORIA: ANÁLISIS DE LA STS 865/2025, DE 2 DE JUNIO.*** ***Silvia Ariza Moreno****. Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Sabadell.* ***Pág. 369***

***LA BICICLETA ELÉCTRICA NO ES UN VEHÍCULO A MOTOR. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.*** ***Héctor Buenosvinos González****. Profesor Asociado derecho privado Universidad de Vigo, doctorando, abogado.* ***Pág. 380***

***SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN DE COSTAS POR EXCESIVOS EN LOS LITIGIOS MASA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.*** ***Ramón Martín Martín****. Letrado de la Administración de Justicia.* ***Pág. 437***

***INTERNAMIENTO FORZOSO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITES, GARANTÍAS Y CONTROL JUDICIAL.*** ***Alfonso Martín Palomino****. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.* ***Pág. 450***

***LA CESIÓN PARCIAL DE UNA PRESTACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL CESIONARIO. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA STS NÚM. 880/2026, DE 9 DE JUNIO (SALA PRIMERA).*** ***Adriana Mateos Ruiz****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.* ***Pág. 460***

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

***DILIGENCIAS PRELIMINARES. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA DILIGENCIA PRELIMINAR DE EXHIBICIÓN DE HISTORIA CLÍNICA Y SU ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.*** ***Fernando Clemente Piñana Batista****. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 391***

***ANÁLISIS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.*** ***Lourdes Cuadrado Durán.*** *Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 405***

***RESPONSABILIDAD OBJETIVA DERIVADA DE LA TENENCIA O UTILIZACIÓN DE ANIMALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1905 CC. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 1ª TS, Nº 1800/2025, de 09/12/2025.*** ***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. 417***

***ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DE COMISIÓN DE APERTURA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23/1/2019. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16/7/2020. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16/3/2023.*** ***María José Hernández Rodríguez****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.* ***Pág. 423***

***EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL COMUNERO FRENTE A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR LA REALIZACIÓN DE OBRAS Y REPARACIONES EN ELEMENTOS COMUNES.*** ***Arturo Jesús Monsalve Díaz****. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.* ***Pág. 472***

***INTERNAMIENTO FORZOSO ESTUDIO DE LA REGULACIÓN LEGAL. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN VERSE CONCULCADOS Y VISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA ENCONTRAR REMEDIOS.*** ***Rosa Marta Pablos Violeta.*** *Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.* ***Pág. 484***

***CRITERIOS E INDICIOS QUE EL JUEZ NACIONAL DEBE VALORAR PARA DECLARAR LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA QUE INCLUYE COMO ÍNDICE EL IRPH, CONFORME A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA.*** ***Daliana Tomey Soto****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 502***

## Doctrina Civil

***ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO: LA FIGURA DEL FACILITADOR PROCESAL.*** ***Sonia María García Cairon****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.* ***Pág. 515***

***LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO.*** ***Luis Alberto Godoy Domínguez****. Profesor de Derecho Civil, ULPGC.* ***Pág. 526***

***ACCIÓN CIVIL DE DAÑOS DERIVADA DEL CÁRTEL DE COCHES Y DEL CÁRTEL DE CAMIONES.*** ***Pedro Antonio Martínez García****. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena.* ***Pág. 542***

***LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SANIDAD: RESPONSABILIDAD JURÍDICA POR LAS DECISIONES ASISTIDAS POR IA.*** ***Antonio Francisco Mazuecos Asid****. Doctor en Derecho. Fiscal sustituto adscrito a la Fiscalía Provincial de Madrid.* ***Pág. 555***

***LA INTERVENCIÓN DEL JUZGADO DE GUARDIA EN LOS INTERNAMIENTOS NO VOLUNTARIOS POR TRASTORNO PSÍQUICO: EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL.*** ***Alberto Marcelino Sánchez Sánchez****. Profesor Asociado. Compliance Penal. Universidad Europea. Faculty of Social Sciences and Comunication. Departament of Law and Political Sciences. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.* ***Pág. 586***

***LAS CLAUSULAS ABUSIVAS ENTRE PROFESIONALES DEL DERECHO Y PARTICULARES.*** ***Elena Sánchez Utrilla****. Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Mediadora. Profesora Asociada Departamento Derecho Privado Universidad Carlos III de Madrid (2016-2024).* ***Pág. 597***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

***LA RETÓRICA, LA ARGUMENTACIÓN Y LA ORATORIA EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO: NECESIDAD Y PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN.*** ***Carlos Enrique Portalo Prada****. Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares (UIB).* ***Pág. 577***

***LAS CAUSAS DE LA INFRAUTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS.*** ***Alba Solano Avelino****. Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.* ***Pág. 615***

***EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD.*** ***Oscar Vos Benítez****. Abogado. Director del Departamento Procesal de Iurisconsult Abogados. Profesor en el Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de la UDIMA.* ***Pág. 630***

## Doctrina - Jurisprudencia Social y Contencioso Administrativa

***LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE A PARTIR DE SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL.*** ***Ignacio Ferreras Urdiales****. Abogado habilitado en la Abogacía del Estado en la C.A. del País Vasco.* ***Pág. 647***

***LA APLICABILIDAD DE LAS PREVISIONES DEL ART. 63.3 DE LA LEY 39/2015 Y EL MODO DE EFECTUARLO EN LOS PROCEDIMIENTOS MUNICIPALES SANCIONADORES EN MATERIA DE TRÁFICO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.*** ***Francisco Javier Jiménez Fernández****. Jefe del Servicio Movilidad. Coordinación General de Movilidad, Protección Ciudadana, Agenda Urbana, Sostenibilidad y Fondos Europeos Concejalía de Movilidad, Protección Ciudadana, Agenda Urbana, Sostenibilidad y Fondos Next Generation Ayuntamiento de Granada.* ***Pág. 657***

***LA PROTECCIÓN DE LA DESIGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA.*** ***Raquel María Rivero Mentado****. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias.* ***Pág. 674***

***LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SU CONEXIÓN CON EL "ERROR JUDICIAL" DE LETRADOS/AS DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SU CONSECUENCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL AL ALBUR DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2.026.*** ***Virgilio Romero Benjumea.*** *Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid.* ***Pág. 688***

***COMENTARIO A LA STC 28/2025, DE 10 DE FEBRERO: PROTECCIÓN DEL INFORMANTE, ACOSO INSTITUCIONAL E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LA CONSOLIDACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA FRENTE A REPRESALIAS POR DENUNCIA DE CORRUPCIÓN.*** ***María Tania Segovia Fernández****. Técnica Superior de Protección al Denunciante.* ***Pág. 696***

***Consejo editorial. Pág. 701***

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# Jurisprudencia Penal

# PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS Y CONTROL EFECTIVO DE LA DETENCIÓN: DEL ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ATESTADO A LA PROHIBICIÓN DE INADMISIÓN DE FONDO SIN OÍR AL DETENIDO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 188/2025, DE 15 DE DICIEMBRE

*Noelia Ahijón de Haro*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2025, de 15 de diciembre. 1. Antecedentes. 2. Objeto del recurso. 3. Fundamentación jurídica relevante y doctrina constitucional. 4. Resolución del caso. a) Denegación de acceso a los elementos esenciales del atestado. b) Denegación a limine por cuestiones de fondo sin preservar la garantía de inmediación. III. Conclusiones. IV. Bibliografía*

**Resumen:** *En el presente artículo se analiza la posición del Tribunal Constitucional como garante del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 CE, en el marco del procedimiento de habeas corpus. El estudio se aborda desde una doble perspectiva: la denegación del acceso a los elementos esenciales del atestado y la inadmisión a limine por razones de fondo sin oír previamente a la persona detenida, a partir del análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2025, de 15 de diciembre, y de su conexión con otras resoluciones constitucionales, singularmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2026, de 10 de marzo. Asimismo, se examina la tensión existente entre la protección de la víctima en detenciones vinculadas con delitos de violencia de género y el derecho de defensa de la persona detenida, destacando la necesidad de preservar el contenido esencial de ambas posiciones mediante una ponderación individualizada, razonable y proporcionada.*

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro legislador acogió la institución anglosajona del "habeas corpus", cuyo origen se remonta al "Habeas Corpus" Act de 1679 y cuya denominación deriva de las palabras con las que comenzaba el mandamiento del juez o autoridad disponiendo que se llevase a su presencia al detenido o preso: "Habeas corpus ad subjiciendum" ("Que traigan su cuerpo").

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El antecedente más relevante en nuestro país lo encontramos en la denominada "manifestación criminal de personas" del Reino de Aragón, recogida en el Fuero promulgado en las Cortes de Teruel de 1428.

A nivel constitucional, aunque sin una referencia expresa al término, se reconocían garantías muy próximas a este procedimiento, si bien no contaron con un desarrollo normativo posterior. Tal es el caso de la Constitución de 1 de junio de 1869, que en su artículo 12 disponía: "Toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español." "La Ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso…". Con posterioridad, similares previsiones se incluyeron en el artículo 5, párrafo tercero, de la Constitución de 1876 y en el artículo 22, apartado 4, del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929[1].

En nuestra Norma Fundamental de 1978, el procedimiento de habeas corpus, como garantía del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17, se encuentra expresamente recogido en el artículo 17.4 y desarrollado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales alude, en su artículo 5.4, al derecho a interponer un recurso ante un órgano judicial para que este se pronuncie, en breve plazo, sobre la legalidad o ilegalidad de la privación de libertad.

El preámbulo de la Ley Orgánica identifica expresamente cuatro principios inspiradores. En primer lugar, el principio de agilidad, orientado a que la vulneración de la libertad personal sea reparada con la mayor celeridad posible, mediante un procedimiento sumario y rápido que debe finalizar en el plazo de veinticuatro horas. En segundo lugar, el principio de sencillez y ausencia de formalismos, que permite la comparecencia verbal sin necesidad de asistencia profesional de la abogacía ni de procurador o procuradora, facilitando de este modo el acceso de toda la ciudadanía, con independencia de sus conocimientos jurídicos y de su capacidad económica. En tercer lugar, reviste un carácter general, de manera que ningún particular ni agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial, con expresa mención a la autoridad militar y legitimación del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo como garantes de la legalidad y de los derechos de la ciudadanía. Por último, el principio de universalidad abarca tanto los supuestos de detención ilegal como aquellos en los que la detención, aun inicialmente legal, se prolonga en el tiempo de forma injustificada o se desarrolla en condiciones ilegales.

[1] MONTÓN REDONDO, A. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 7, 1989. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Extremadura. 4. Derecho Procesal. "El Derecho de "habeas corpus". Conferencia dentro del Seminario Permanente de Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de Cáceres, el día 31 de enero de 1989.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Mediante este procedimiento se somete a valoración la legalidad de las detenciones practicadas exclusivamente por decisión administrativa, por lo que no serán objeto de dicho procedimiento las detenciones acordadas por resolución judicial, que deberán ser controladas mediante la interposición de los recursos legalmente previstos en el seno del procedimiento correspondiente.

Se trata, en consecuencia, de someter a control constitucional si la detención policial se produce por el tiempo mínimo indispensable y con concurrencia de los requisitos legalmente establecidos en los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, facilitando en todo caso el acceso a los elementos del atestado que resulten esenciales para impugnar, en su caso, la legalidad de la detención.

Por otro lado, en lo que respecta al control judicial, el análisis se centra en la denegación in limine del procedimiento de habeas corpus por cuestiones de fondo sin haber oído previamente al detenido.

Ambas cuestiones son tratadas en profundidad a partir del análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2025, de 15 de diciembre, así como de otras resoluciones constitucionales, entre ellas la Sentencia del Tribunal Constitucional 21/2026, de 10 de marzo. El examen de estas resoluciones permite apreciar cómo el Tribunal Constitucional proyecta, en sede de amparo, una doctrina constitucional consolidada sobre la efectividad real de las garantías del artículo 17 CE, tanto respecto del acceso a los elementos esenciales del atestado como de la exigencia de que la persona detenida sea puesta inmediatamente a disposición judicial y oída antes de resolver sobre el fondo de la solicitud de habeas corpus.

## II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 188/2025, DE 15 DE DICIEMBRE

### 1. Antecedentes

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 188/2025, de 15 de diciembre, reviste especial relevancia, ya que la detención se produce como consecuencia de un presunto quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia de género, al encontrarse vigentes dos prohibiciones de aproximación respecto de su pareja: una en fase de ejecución de pena y otra como medida cautelar derivada de una orden de alejamiento.

El Letrado designado para la defensa del detenido solicitó a la instructora del atestado policial el acceso a la declaración de la víctima y a la orden de alejamiento acordada que presuntamente se había incumplido, con objeto de poder comprobar que la detención se había practicado conforme a la legalidad y para instruirse debidamente antes de proceder a la toma de la declaración.

Sin embargo, la instructora denegó el acceso a los mencionados documentos indicando que figuraban los datos de la víctima y de un testigo y que se encontraban amparados por la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

la Víctima del delito y que la causa podría ser declarada secreta de conformidad con lo dispuesto en los artículos 301 y 302 LECr.

Ante esta negativa el detenido no prestó declaración en sede policial y su letrado se negó a firmar el acta de la declaración por cuanto que la instructora no hizo constar expresamente la denegación de acceso a los elementos esenciales, presentando el detenido solicitud de habeas corpus.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que se encontraba en funciones de guardia de la localidad donde se produjeron los hechos[2], denegó la incoación del procedimiento previo traslado al Ministerio Fiscal que interesó su desestimación, por entender que su pretensión no tenía encaje en los apartados del artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas Corpus[3].

## 2. Objeto del recurso

Se interpone un recurso de amparo de tipo mixto, por entender vulnerado el derecho a obtener una revisión judicial de la detención a través del procedimiento de habeas corpus (ex artículo 17.4 CE) en relación con el derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE al denegar "a limine" la solicitud de habeas corpus, habiendo entrado en el fondo del asunto sin haber oído al detenido[4].

De este modo, asevera que el procedimiento de habeas corpus debe ser efectivo y no tratarse de un mero formalismo, por lo que el juez o jueza debe comprobar personalmente en qué situación se encuentra la persona que ha requerido de su actuación para controlar y cerciorarse de que no se ha visto privado de su libertad de

[2] Por cuanto que los hechos se producen con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, todas las referencias corresponden a la denominación anterior.

[3] Articulo 1 LOHC: Mediante el procedimiento del «Habeas Corpus», regulado en la presente ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente. A los efectos de esta ley se consideran personas ilegalmente detenidas: a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de esta, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

[4] Debemos especificar que en el recurso además se invocan la vulneración del artículo 17.3 CE, derecho a la asistencia letrada, por entender que no se había llevado a cabo un control eficaz de la detención por la tardanza en la asignación de asistencia letrada o por la omisión de atribuirla por los funcionarios policiales, que el Tribunal considera redundante por entenderla subsumida dentro del propio artículo y la rechaza. Así mismo, al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (ex artículos 24.1 y 2 CE) siendo estas cuestiones rechazadas al extralimitarse del objeto del recurso ya que, al haber acudido al procedimiento de habeas corpus, el recurso de amparo se circunscribe expresamente al ámbito de la tutela del derecho a la libertad personal y de las garantías constitucionales de este derecho del artículo 17 CE.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

forma arbitraria e injustificada por parte de los agentes de la autoridad, ofreciéndole la posibilidad de ser escuchado.

Por otro lado, se sustenta el recurso en el motivo relativo a la falta de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones policiales que resultaban esenciales para impugnar la legalidad de la detención atentando directamente contra los derechos establecidos en el artículo 17.3 CE (derecho a ser informado de manera inmediata y adecuada de las razones de su detención).

### 3. Fundamentación jurídica relevante y doctrina constitucional

Incluso en los supuestos que contempla el artículo 527.1 de la LECr[5]en la que se priva a la persona detenida o presa del derecho a acceder a las actuaciones al haberse decretado la incomunicación por la necesidad de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida o integridad física de una persona o de comprometer la prosecución del proceso penal, la restricción del derecho de acceso en ningún caso podrá afectar a los elementos esenciales que le permitan impugnar la legalidad de su detención.

Con anterioridad, el Tribunal Constitucional en STC 86/2025, de 7 de abril (FJ2) ha declarado que tal garantía de acceso a los elementos esenciales del atestado policial para poder impugnar la legalidad de una detención tiene como fin contrastar de forma objetiva tanto la veracidad como la consistencia de la información recibida, para poder así elegir la mejor estrategia de defensa en su descargo.

Es importante, además, incidir que este acceso no opera de oficio, debiendo ser solicitado por la parte y en momento anterior a que el atestado se dé por concluido.

En lo que respecta a qué debemos entender por elementos esenciales, dependerá de las circunstancias que hayan servido de base para justificar la privación de libertad con la detención y que permitan evaluar su legalidad, esto es, si el fin perseguido por la medida cautelar se ajusta a los parámetros legales y si es proporcional.

Debe advertirse que, en este caso concreto, la instructora proporcionó una información deficiente e inexacta, relativa a que los indicios de su participación en los hechos traían su causa en la declaración de la víctima, cuando en realidad, no constaba en el atestado que la víctima hubiera prestado declaración en ninguna forma

[5] Artículo 527.1 LECr 1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ni verbal ni escrita y se omitió además toda referencia a la existencia de un testigo que sí prestó declaración en sede policial.

El procedimiento de habeas corpus, contemplado en el artículo 17.4 CE, provoca de forma inmediata la puesta a disposición de la persona que ha sido detenida y que considera que esta detención se ha producido de forma ilegal. De este modo, se erige como una garantía inequívoca del derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, siendo lo esencial que el juez o jueza compruebe personalmente la situación en que se encuentra la persona que insta el procedimiento-inmediación-, para ofrecerle la oportunidad, de hacerse escuchar, formular alegaciones y aportar las pruebas de que intente valerse.

En consecuencia, se vulnera el derecho a ese control judicial cuando no se lleva a cabo un verdadero control de la detención por parte del juzgado, si no se comprueba de forma directa por la autoridad judicial, siendo inadmitida de plano una solicitud y denegándose a limine su incoación por motivos de fondo, por considerar que no concurre ninguno de los supuestos descritos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Habeas Corpus, sin haber sido oída la persona detenida e interviniendo el Ministerio Fiscal.

## 4. Resolución del caso

### a) Denegación de acceso a los elementos esenciales del atestado

En primer lugar, es estimado el recurso al considerar que los funcionarios de policía no cumplieron con las exigencias que contemplan los artículos 17.1 y 3 CE y del artículo 520.2 LECr, al no haber permitido al letrado acceder a los elementos esenciales por los que se justificaba la detención con carácter previo a la toma de declaración del detenido – en concreto, la declaración de la víctima y la orden de alejamiento que se presuponía incumplida -.

Si bien es cierto que en los supuestos en que la investigación está relacionada con delitos de violencia de género deben garantizarse los derechos de protección de la víctima, ello no implica que sean mermados los derechos del detenido en lo atinente a ser informado de las razones que han motivado su detención y el acceso a esos elementos esenciales que puedan permitirle valorar si a la vista de ello, considera que su detención no ha cumplido la legalidad y poder impugnarla, por lo que, ambos deben ser preservados, debiendo atender a un juicio de proporcionalidad, es decir, se modulará ese acceso a los elementos esenciales del atestado en atención a las necesidades de protección de la víctima.

Sin embargo, en este supuesto los derechos del detenido fueron anulados ya que, se negó el acceso a su asistencia letrada a cualquier elemento del atestado a salvo del acta de detención e información de derechos, del todo insuficiente.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

A mayor abundamiento, la denegación fue estereotipada carente de razonamiento y en nada contribuyó a la protección de la víctima, afirmando el Tribunal, que pudo jugar incluso en contra de esa finalidad, al privar al detenido de la posibilidad de comprobar en conciencia la realidad exacta de la procedencia de los indicios existentes en su contra- ya que, la víctima ni siquiera había declarado en sede policial sino que lo hizo un testigo- y por ende, pudo exponer a un eventual riesgo a la víctima como consecuencia de haber hecho constar de forma errónea que su detención se había producido contando como único sustento con su declaración.

**b) Denegación a limine por cuestiones de fondo sin preservar la garantía de inmediación**

En cuanto al segundo de los motivos, fundamentado en la vulneración del derecho al control judicial de la detención a través del procedimiento de habeas corpus del artículo 17.4 de nuestra Norma Fundamental, el Tribunal es contundente al estimarlo y exponer que la actuación judicial se ha llevado a cabo con una manifiesta inobservancia de su doctrina reiterada, ya que, los órganos judiciales deben garantizar el derecho a la libertad, sometiendo a control las privaciones de esta no derivadas de una resolución judicial, mediante el procedimiento de habeas corpus, por lo que, denegar su incoación sin traer a presencia judicial al detenido, sin que pueda realizar alegaciones y aportar las pruebas que considere oportunas y sin existir ninguna causa que justifique la afirmación de que lo denunciado por el recurrente no tenía encaje en el artículo 1 de la LOHC contraviene el mandato constitucional.

Sobre este particular motivo es de mencionar la reciente **sentencia del Tribunal Constitucional número 21/2026, de 10 de marzo,** en recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y que deriva de una detención motivada por la denuncia de la expareja e hija del detenido, al comunicar a los agentes que habían sido amenazadas a través de redes sociales quebrantando las medidas cautelares que habían sido acordadas de prohibición de aproximación y comunicación con respecto a estás acordado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Leganés.

Por su parte, el detenido formuló la solicitud de habeas corpus al afirmar que no había quebrantado la medida cautelar de prohibición de aproximación, siéndole facilitado el formulario y en el que hizo constar que jamás se había negado a presentarse a una citación judicial.

El órgano judicial consideró improcedente la solicitud y resolvió denegar la incoación del procedimiento de habeas corpus con archivo de las actuaciones y todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

LOHC[6] al no encuadrarse en ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, ya que entendía que del atestado policial se desprenden indicios racionales de criminalidad de un delito de quebrantamiento de medida cautelar al aparecer la presunta remisión de mensajes intimidatorios y que el detenido no se había personado en dependencias policiales cuando había sido requerido para ello, por lo que fue acordada requisitoria policial para su búsqueda y detención.

El Ministerio Público formuló amparo con un único motivo sustentado en la lesión del derecho a la libertad personal de los artículos 17.1 y 4 CE por la falta de control judicial de la detención.

Además se incide en otra irregularidad judicial, ya que, conforme consta en el atestado cuando los agentes de policía trasladan la solicitud de habeas corpus al órgano judicial que se encontraba en funciones de guardia, éste ordenó telefónicamente que el detenido fuera puesto a disposición judicial a primera hora -del día siguiente-, decisión del todo incompatible con el principio de celeridad, ya que la solicitud se había cursado sobre las 22 horas del día 12 de marzo de 2025, lo que presuponía que el detenido pasara toda la noche privado de libertad en lugar de ser puesto a disposición de forma inmediata.

El Ministerio Fiscal, de hecho, promovió un incidente de nulidad contra el Auto, siendo que el órgano hizo caso omiso e inadmitió el incidente de nulidad promovido y fundamentado en dos argumentos que se afirma en la resolución incurrían en un error patente, irracional y arbitrario, que, en consecuencia, incide en mayor medida en el atentado contra el derecho a la libertad personal (ex. Artículo 17.1 y 4 CE).

Por su parte, el Tribunal Constitucional hace hincapié en el alcance del procedimiento de habeas corpus, cuyas características propias son la celeridad (con la mayor rapidez posible) y la inmediación (puesta a disposición ante el juez), no habiéndose cumplido en este supuesto ninguna de ellas y resalta que como reiteradamente ha declarado, el procedimiento se centra precisamente en que el juzgado debe comprobar personalmente la situación de la persona detenida, para ofrecerle la "oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas" pertinentes (entre otras SSTC 37/2008, de 25 de febrero, FJ3; 85/2024, de 3 junio, FJ2 y 86/2025, de 7 de abril FJ 2 b).

Así mismo, entiende que haber privado de plano de la sustanciación del procedimiento frustrando el control judicial efectivo al que deviene obligado, lesionó este derecho fundamental en que lejos de haber remediado

[6] Articulo 6 LOHC: "Promovida la solicitud de «Habeas Corpus» el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

su actuación el juzgado con ocasión del incidente de nulidad promovido fue inadmitido sin causa racional que lo justificara.

## III. CONCLUSIONES

**1º.** El derecho a ser informado de los motivos de la detención no constituye una formalidad ritual ni queda satisfecho con una lectura genérica de derechos. Exige que la persona detenida y su asistencia letrada conozcan, de forma suficiente, comprensible y útil, los datos fácticos y jurídicos que justifican la privación de libertad, así como los elementos esenciales del atestado necesarios para valorar e impugnar su legalidad.

**2º.** La negativa de acceso a los elementos esenciales del atestado vulnera los artículos 17.1 y 17.3 CE cuando impide a la defensa contrastar la realidad, suficiencia y proporcionalidad de los indicios invocados para justificar la privación de libertad, convirtiendo el derecho a impugnarla en una garantía meramente nominal.

**3º.** Dicho acceso no comporta un conocimiento íntegro, anticipado e indiscriminado del atestado policial, sino únicamente de aquellos extremos indispensables para verificar la concurrencia de los presupuestos legales de la detención. Su alcance puede modularse, pero no vaciarse, cuando concurran otros intereses constitucionalmente relevantes.

**4º.** En los procedimientos vinculados a delitos de violencia de género, o en aquellos que exijan una especial protección de la víctima, esa finalidad legítima no autoriza la anulación práctica de los derechos de la persona detenida. La respuesta constitucionalmente adecuada exige una ponderación singularizada que preserve, de forma simultánea, la seguridad de la víctima y el contenido esencial del derecho de defensa.

**5º.** Toda restricción del acceso al atestado debe estar fundada en una motivación individualizada, razonable y proporcionada. No bastan invocaciones genéricas a la protección de la víctima, al eventual secreto de las actuaciones o a la reserva de la investigación si no se explica por qué tales razones impiden, en el caso concreto, el acceso a los elementos estrictamente esenciales.

**6º.** El procedimiento de habeas corpus constituye una garantía inmediata, específica y reforzada del derecho fundamental a la libertad personal. Su objeto no es anticipar el juicio sobre el fondo del procedimiento penal, sino someter a control judicial la legalidad, necesidad y proporcionalidad de una privación de libertad no acordada judicialmente.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**7º.** La inadmisión a limine de una solicitud de habeas corpus por razones de fondo, sin previa puesta a disposición judicial ni audiencia de la persona detenida, priva de efectividad a la garantía reconocida en el artículo 17.4 CE. El órgano judicial no puede sustituir la inmediación personal por una valoración puramente documental del atestado policial.

**8º.** El rechazo inicial de la incoación del habeas corpus solo resulta constitucionalmente admisible cuando falte el presupuesto mismo de una privación de libertad no acordada judicialmente o cuando no se satisfagan los requisitos formales previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 6/1984. Fuera de tales supuestos, la autoridad judicial debe incoar el procedimiento, traer al detenido a su presencia y oírle.

**9º.** La celeridad y la inmediación no son rasgos accesorios del habeas corpus, sino condiciones estructurales de su eficacia. La demora injustificada en la puesta a disposición judicial, o la decisión de posponerla tras haberse solicitado el procedimiento, resulta incompatible con la finalidad reparadora urgente que define esta garantía constitucional.

**10º.** La doctrina constitucional examinada proyecta una conclusión de fondo: ni el acceso a los elementos esenciales del atestado puede quedar al arbitrio de la autoridad policial, ni el habeas corpus puede degradarse a un trámite formal de confirmación documental de la detención. Ambos operan como garantías efectivas frente a privaciones de libertad arbitrarias y exigen, precisamente por la intensidad del derecho comprometido, una actuación policial y judicial particularmente rigurosa, motivada e inmediata.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

MONTÓN REDONDO, A. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, nº 7, 1989. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Extremadura. 4. Derecho Procesal. "El Derecho de "habeas corpus". Conferencia dentro del Seminario Permanente de Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho de Cáceres, el día 31 de enero de 1989.

**Normativa**

Constitución Española de 1978, especialmente artículo 17.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, especialmente artículos 118, 520 y 527.

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

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, especialmente artículo 5.4.

**Jurisprudencia constitucional**

Tribunal Constitucional, Sentencia 188/2025, de 15 de diciembre. ECLI:ES:TC:2025:188.

Tribunal Constitucional, Sentencia 21/2026, de 10 de marzo. ECLI:ES:TC:2026:21.

Tribunal Constitucional, Sentencia 86/2025, de 7 de abril. ECLI:ES:TC:2025:86.

Tribunal Constitucional, Sentencia 85/2024, de 3 de junio. ECLI:ES:TC:2024:85.

Tribunal Constitucional, Sentencia 37/2008, de 25 de febrero. ECLI:ES:TC:2008:37.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL INFORME PERICIAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CUESTIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS

*Cristina del Alcázar Viladomiu*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. Profesora asociada Universidad Pompeu Fabra

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Concepto y regulación: naturaleza y función del informe pericial. III. Presupuestos materiales de admisión del informe pericial como medio de prueba. 1. Sobre el presupuesto de necesidad y conveniencia. 2. Sobre el contenido del informe pericial strictu sensu. 3. Sobre el principio de contradicción. IV. Cuestiones procesales comunes a todo informe pericial: criterios de la jurisprudencia vs previsión legal. 1. Sobre la cualificación del perito (457 LECr). 2. Sobre la práctica conjunta de medios de prueba pericial (724 LECr). 3. De la impugnación del informe pericial y sus efectos (788.3 in fine LECr). V. Valoración del informe pericial. 1. Libre valoración de la prueba y reglas de la sana crítica sin sesgos. 2. Imparcialidad del perito. VI. Conclusiones. VII. Tabla de jurisprudencia citada*

## I. INTRODUCCIÓN

El informe pericial ocupa una posición cada vez más relevante en los procedimientos penales. Pese a ese mayor protagonismo, su régimen jurídico ha permanecido prácticamente incólume. La ausencia de una reforma normativa sustancial - y necesaria - ha sido suplida, en buena medida, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha ido flexibilizando algunos de los presupuestos establecidos legalmente. El presente artículo revisa la jurisprudencia más reciente, que interpreta los presupuestos del informe pericial, su práctica y valoración de este como medio de prueba.

## II. CONCEPTO Y REGULACIÓN: NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL INFORME PERICIAL

El régimen jurídico del informe pericial se compone de pluralidad de disposiciones normativas. No obstante, su finalidad y propósito no se encuentran expresamente positivizados, habiendo delimitado el Tribunal Supremo sus distintas funciones. Algunos pronunciamientos han postulado que "la prueba pericial tiene por finalidad acreditar en el proceso los hechos objeto de enjuiciamiento con la finalidad de obtener el convencimiento judicial respecto a su realidad y lograr que, en consecuencia, se dicte una sentencia favorable a las pretensiones armadas en el procedimiento judicial"[1]. En otros supuestos, se ha dicho que el informe pericial tiene por función y naturaleza auxiliar a jueces y tribunales, aportando conocimientos técnicos respecto de datos fácticos y hechos que escapan a los conocimientos de los órganos jurisdiccionales[2].

[1] STS 29/2023 de 25 de enero.

[2] STS 436/2023 de 7 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esa función de auxilio atribuida al informe pericial encuentra, no obstante, un límite infranqueable. El perito no puede reemplazar ni sustituir la función jurisdiccional, que corresponde exclusivamente al órgano judicial y consiste en determinar si los hechos han ocurrido o no mediante la valoración conjunta, racional y reflexiva de los distintos medios de prueba: "Los jueces no podemos renunciar a la valoración crítica de las opiniones periciales. Estas no pueden de forma automática sustituir a la convicción judicial. Son fuentes de información imprescindibles para la toma de decisión, pero entre el dato pericial y el dato que se declara probado hay, en ocasiones, un largo trecho que debe recorrerse bajo criterios de racionalidad a los que no pueden ser ajenas las máximas de experiencia común"[3].

A modo de ejemplo, el hecho de que una pericial sobre credibilidad del testimonio concluya que el relato de un menor resulta creíble, al descartarse la sugestión, la fabulación o cualquier otro factor propio de la psicología del testimonio, no permite convertir automáticamente en hechos probados el contenido de su declaración. La conclusión pericial acerca de la credibilidad del relato desde una perspectiva psicológica no equivale, por sí sola, a la acreditación de la realidad de los hechos narrados. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado lo siguiente: La pericial facilita pautas para la valoración, pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de las pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si, con arreglo a los sistemas, protocolos y tests valorativos convalidados, concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad[4].

El riesgo de desbordamiento o extralimitación respecto de la finalidad propia del informe pericial no constituye una problemática exclusiva de las periciales sobre credibilidad del testimonio. Por el contrario, puede proyectarse igualmente sobre otras modalidades de informes periciales.

A modo de ejemplo, en relación con determinados informes económicos elaborados por unidades policiales en el marco de procedimientos por delitos de blanqueo de capitales, no es infrecuente que la autoridad policial concluya, desde su propia valoración técnica, la existencia de un incremento patrimonial no justificado. Sin embargo, la ausencia de justificación del incremento patrimonial constituye precisamente uno de los indicios nucleares que puede nutrir una condena por blanqueo de capitales. Por ello, cuando el informe pericial no se limita a exponer datos objetivos, operaciones económicas, flujos patrimoniales o elementos contables verificables, sino que avanza hacia la conclusión de que el incremento patrimonial carece de justificación,

[3] STS 436/2023 de 7 de junio.
[4] SSTS 744/2025 de 18 de septiembre; 719/2025 de 11 de septiembre y 545/2025 de 12 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

existe el riesgo de que el perito asuma una función valorativa que corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional.

En tales supuestos, la pericia puede dejar de operar como auxilio técnico al órgano jurisdiccional para aproximarse indebidamente a una valoración sobre el objeto mismo del enjuiciamiento, invadiendo así el ámbito propio de la potestad jurisdiccional. En definitiva, la inclusión en el informe pericial de una conclusión relativa a un elemento capital del juicio de tipicidad - por ejemplo, incremento patrimonial no justificado - puede comportar, en la práctica, una indebida subrogación del perito en la posición que corresponde al órgano jurisdiccional.

Con el fin de evitar ese riesgo de desnaturalización de la finalidad y función del informe pericial, por un lado, la pericia debe mantenerse dentro del ámbito propio del conocimiento técnico, científico, artístico o práctico que justifica su incorporación al proceso. Por otro lado, debe evitarse incurrir en el vicio de acoger acríticamente las aseveraciones contenidas en el informe, especialmente cuando dichas afirmaciones se proyectan sobre elementos esenciales del hecho típico.

En este sentido, en un supuesto de delito fiscal, el Tribunal Supremo recuerda que la determinación de la cuota tributaria - con especificación del hecho imponible generador, de las normas tributarias aplicables y de las deducciones procedentes hasta alcanzar la cuota tributaria, elemento esencial para precisar la condición objetiva de punibilidad prevista en el Código Penal - constituye una operación que corresponde al órgano de enjuiciamiento, y no a los peritos[5]. La citada resolución advierte que dicha labor constituye una "operación propia del Tribunal sentenciador", más o menos amplia según las características del caso concreto, pero siempre reconocible como tal en la motivación de la sentencia.

## III. PRESUPUESTOS MATERIALES DE ADMISIÓN DEL INFORME PERICIAL COMO MEDIO DE PRUEBA

### 1. Sobre el presupuesto de necesidad y conveniencia

El artículo 456 LECr permite acordar, únicamente conforme a criterios de conveniencia y necesidad, sin limitación por razón de materia, qué tipo de informe pericial es necesario practicar relacionado con algún hecho relevante. *Ad exemplum,* pericial antropométrica, balística, biológica, dactilar, pericial de inteligencia, veterinaria, informática, pericial forense, pericial económica, etc. No obstante, si el informe pericial no es necesario ni conveniente, no procederá su decisión y práctica[6].

[5] STS 951/2023, de 21 de diciembre.

[6] STS 220/2026 de 19 de marzo. La citada sentencia desestima la queja de la defensa por haber condenado al acusado por un delito de falsedad documental sin haberse practicado prueba pericial, bajo la premisa de que los razonamientos

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El presupuesto de necesidad o conveniencia de la prueba pericial no debe ser interpretado en términos excesivamente amplios ni desde un prisma de estricta subsidiariedad o no redundancia, discrepando así de los posicionamientos que se alinean con una aplicación rígida de dicho presupuesto en virtud de la que se valida la inadmisión del medio de prueba. De no seguirse una interpretación restrictiva, se correría el riesgo de vaciar de contenido la función complementaria de la prueba pericial y de privar a una de las partes de un medio probatorio relevante para sostener su posición procesal. Esa postura se formula atendiendo a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, un informe pericial puede complementar a otro cuando, versando sobre un mismo objeto o sobre aspectos conexos, contribuye a arrojar mayor claridad, a introducir matices técnicos relevantes o a enriquecer el debate probatorio. Por ello, no cabe rechazar sin más una pericial por el solo hecho de que ya exista otro informe sobre un determinado extremo.

En segundo lugar, los peritos emiten opiniones, en contraposición a los testigos, quienes describen lo escuchado y oído – bien como testigos directos o de referencia -, pero no proporcionan su parecer: "A diferencia del testigo, que declara sobre hechos pasados relacionados con el proceso y que fueron sensorialmente percibidos por él, el perito suministra al Juzgador una concreta información sobre determinados aspectos trascendentes para el enjuiciamiento que, a partir de determinadas premisas, pueden extraerse siguiendo las reglas de un proceso técnico"[7]. Precisamente, atendiendo a que las valoraciones basadas en conocimientos y experiencia de cada perito pueden ser dispares, se justifica que puedan practicarse distintos medios de prueba pericial, pues una opinión - precisamente por ser una valoración - difícilmente se erige como un hecho objetivo incontestable, sino que se presta a debate y a ser contrarrestada por otro técnico. Por último, el perito, en lo que a sus valoraciones y conclusiones respecta, por regla general, solo puede ser contrarrestado con otro perito. Es un experto, y como tal - sin querer incurrir en máximas absolutas - solo podrá ser contradicho, en principio, por otro perito. En ese sentido, se alinea un pronunciamiento, que indica que la elección de metodología, antecedentes relevantes o pruebas técnicas a realizar para emitir un informe pericial son cuestiones técnicas - en el supuesto de hecho, científicas -, que solo pueden definirse desde dentro de su *lex artis.* Y, conforme a ello, se indica que "si la parte discrepa del método con el que un profesional obtuvo las premisas de un determinado dictamen, debe hacerlo desde una

de sentencia de instancia conforme a la prueba pericial no eran necesarios para concluir sin género de duda la falsedad y autoría de esta a partir de otros medios de prueba practicados. Con ello se dota al presupuesto de necesidad en términos de subsidiariedad y no redundancia. En tanto que, si ya existen otros medios de prueba idóneos acerca de un hecho relevante, decae la necesidad del medio de prueba pericial.

[7] STS 1142/2024, del 12 de diciembre. También en similar sentido, STSS 1071/2025 de 30 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

consideración igualmente técnica, esto es, mediante un parecer pericial que preste apoyo a su planteamiento"[8].

## 2. Sobre el contenido del informe pericial *strictu sensu*

La norma contenida en el art. 478 LECr prevé que todo informe pericial debe contener, si fuere posible, objeto, metodología y conclusiones por parte del técnico experto que lo emite, habiendo indicado la jurisprudencia que "el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones (art. 478 LECr), que tiene como destinatario el Juzgador"[9].

La cláusula «si fuere posible» contenida en el artículo 478 LECr solo puede interpretarse en el sentido de que las exigencias estructurales previstas en el precepto pueden excepcionarse cuando concurra una imposibilidad efectiva e incuestionable de cumplimiento. Así sucedería, por ejemplo, cuando el objeto de la pericia hubiera desaparecido, resultara materialmente inaccesible o cuando la propia naturaleza de la pericia hiciera innecesaria o imposible la realización de determinadas operaciones. Fuera de estos supuestos excepcionales, las exigencias del artículo 478 LECr deben mantenerse como pauta ordinaria en la configuración del informe pericial. Sin embargo, existe una línea jurisprudencial que interpreta con laxitud los presupuestos establecidos en dicho precepto, validando la práctica de determinados tribunales consistente en atribuir naturaleza pericial a informes que no reúnen las características legalmente exigidas. Esta interpretación corre el riesgo de desnaturalizar el informe pericial y de desdibujar las exigencias mínimas que permiten identificarlo como tal.

A modo ilustrativo, se ha examinado la queja consistente en que los informes policiales de la UCO constituían meros atestados formulados por agentes de policía y no informes periciales emitidos por peritos, habiéndose adicionado, además, que su contenido se limitaba materialmente a sintetizar y transcribir la documentación obrante en la causa, así como a ofrecer una interpretación de esta por parte de los agentes, sin incorporar ningún valor técnico cualitativamente añadido. El Tribunal Supremo ha desestimado la queja y validado la decisión del órgano de enjuiciamiento de considerar informes periciales a dichos informes, ampliando la categoría y la naturaleza del informe pericial, al declarar, sin ambages, que determinados atestados pueden revestir carácter pericial. A tal efecto, señala que pueden utilizarse dichos informes policiales "en algunos procesos complejos en donde son necesarios especiales conocimientos, que no responden a los parámetros habituales de las pruebas periciales más convencionales". Y, en consecuencia, no responden a un patrón

[8] STS 1019/2025 de 11 de diciembre.
[9] SSTS 730/2025 de 17 de septiembre; 605/2025 de 2 de julio y 234/2025 de 13 de marzo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

diseñado en la LECr; no obstante, lo cual, nada impide su utilización en el proceso penal cuando se precisan esos conocimientos[10].

El Tribunal Supremo, prescindiendo de la concreta etiqueta o catalogación de informe pericial de inteligencia, y con al parecer algunas reservas, concluye que "un informe donde plasman las averiguaciones realizadas por los agentes que lo firman con la base de los documentos y demás fuentes de conocimiento que se recogen, y las deducciones que hacen y conclusiones" es un informe. Se comparte la premisa de salida. Sin embargo, frente al razonamiento de que el contenido del atestado policial con fuentes de conocimiento y deducciones materialmente colma las características y presupuestos de un dictamen de experto, podría objetarse lo siguiente:

El art. 297 LECr permite incluir en todo informe o atestado policial las manifestaciones que, a juicio de la autoridad policial y consecuencia de sus investigaciones, como profesional estimen pertinentes: "Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales". Consecuentemente, el dato de que un informe policial contenga averiguaciones, deducciones o conclusiones, consecuencia de las previas averiguaciones, no permite, por sí solo, atribuirle eventual naturaleza pericial ni desplazar las garantías propias de esta clase de medio probatorio.

Para considerar que un informe policial ostenta la cualidad de informe pericial, el mismo debería contener una valoración cualificada desde un punto de vista técnico y de experto, más allá de constatar datos objetivos, describir diligencias y recoger manifestaciones de los agentes a modo de conclusiones producto de dichas previas diligencias y averiguaciones. El informe que realiza operaciones técnicas, formula inferencias especializadas, interpreta datos complejos o alcanza conclusiones que requieren conocimientos cualificados, deberá ser tratado materialmente como prueba pericial, con las exigencias y presupuestos de necesidad o conveniencia que ello comporta. El informe policial que no contenga dichos ítems no alcanzará dicha cualidad de pericial. Conforme a dicha premisa, el emitir unas conclusiones, a modo de síntesis, en informe policial, que se fundan en documentos - cuya información es perceptible por medio de los sentidos y, por ende, no se requiere de auxilio por el órgano jurisdiccional para percibir y valorar las informaciones suministradas por los mismos - por regla general no requiere de un conocimiento técnico cualificado, y, por extensión, dicho informe policial tendría naturaleza de informe pericial.

[10] STS 436/2023 de 7 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 3. Sobre el principio de contradicción

Para que un informe pericial pueda tener fuerza probatoria, es preciso que se haya cubierto la imprescindible exigencia de contradicción o de posibilidad de contradicción, otorgando la posibilidad a las restantes partes de poder contradecir o contrastar dicho informe pericial[11]. Dicho principio, en ocasiones, se ha reducido al interrogatorio cruzado de los peritos en el juicio oral, sin perjuicio de nombrar otro perito a su costa[12].

Para asegurar efectiva y plena contradicción, debería poder solicitarse, y acordarse, por ejemplo, que, en una exploración de un menor o exploración médico forense, acudiera el perito de parte, en orden, a la eventual contra pericial a efectuarse. A estos efectos, existe base normativa para ello, en la medida en que el art. 471 LECr prevé que acusación o procesado tiene derecho a nombrar a su costa un perito que intervenga en el acto pericial.

Ello permitiría que todos los peritos, situados en un mismo plano de igualdad en cuanto a su actuación y participación, dispusieran de la misma información y pudieran intervenir en la exploración médico-forense o del menor mediante la formulación de preguntas pertinentes y relevantes desde la perspectiva de su respectiva disciplina. Si no se garantiza esta posibilidad, el principio de contradicción no queda plenamente preservado. Además, la contrapericial o pericial de parte podría quedar situada en una posición de partida de menor solidez técnica o, cuando menos, ser percibida de ese modo por el órgano de enjuiciamiento. En otras palabras, el órgano jurisdiccional podría considerar que el informe emitido por un perito que no tuvo acceso a la misma información ni pudo intervenir en la exploración presenta un menor rigor técnico. No es infrecuente encontrar resoluciones que descartan o minusvaloran la pericial de parte precisamente porque el perito, por ejemplo, no estuvo presente en la exploración de la víctima ni pudo intervenir en ella.

En conexión con lo anterior, y relativo a informes periciales de psicología del testimonio, se ha planteado - por parte de las defensas o acusaciones - solicitar a los técnicos que han emitido el informe que remitan al órgano jurisdiccional no solo el informe con sus conclusiones y contenido de este, sino que remitan además el resultado de los instrumentos clínicos - llamadas pruebas o test - si se han practicado al testigo y cuanta información dispongan para efectuar una contrapericial. La denegación de dicha petición por parte de los órganos jurisdiccionales ha sido únicamente examinada por el Tribunal Supremo desde un prisma de licitud (validez), negando que ello determine nulidad alguna[13].

[11] STS 321/2025 de 3 de abril.
[12] STS 977/2024 de 6 de noviembre.
[13] STS 780/2025 de 29 de septiembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Se comparte el posicionamiento en lo que a validez del medio de prueba pericial se refiere. La no aportación de todos los elementos y materiales por parte de los técnicos que emiten el informe no es determinante de nulidad *per se* por no ser vulnerador de derechos fundamentales de modo automático. Ahora bien, cuestión distinta es que, en el caso concreto, los peritos de la parte consideren que es imprescindible, para poder emitir el informe y formular una rigurosa opinión, dichos materiales e información, siendo que aquí sí que se detectarían rasgos de indefensión o incluso privación de medio de prueba. Los materiales deberían proporcionarse, si es necesario para los técnicos, del mismo modo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que los peritos puedan acceder al objeto. Es asimilable. Y ello para asegurar no solo la contradicción en la pericia, sino el mismo punto de partida de solvencia técnica por disponer de la misma información. En caso contrario, puede comprometerse incluso el derecho fundamental al medio de prueba, ex art. 24 CE.

## IV. CUESTIONES PROCESALES COMUNES A TODO INFORME PERICIAL: CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA *VS.* PREVISIÓN LEGAL

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene distintas previsiones de índole procesal relativas a la práctica del informe pericial y sobre las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado.

### 1. Sobre la cualificación del perito (457 LECr)

Sobre la exigencia de cualificación especializada, no es poco habitual que se haya formulado queja por la ausencia de especialización de los médicos forenses que emiten los informes. Por ejemplo, en un supuesto en el que la defensa objetaba que el profesional forense no era psiquiatra —habiendo solicitado expresamente dicha cualificación a los efectos de emitir informe sobre capacidades cognitivas y volitivas del acusado—, se desestimó la queja mediante el siguiente razonamiento: la ley no exige que el dictamen haya de ser emitido necesariamente por un médico forense con la específica especialidad de psiquiatría y, consecuentemente, el sistema legal no atribuye a la parte un derecho a imponer en la instrucción una concreta subespecialidad del perito oficial designado judicialmente. Por ende, el informe emitido por una médico forense del Instituto de Medicina Legal no queda privado de aptitud pericial[14].

Ciertamente, no se trata de privar de aptitud al profesional, ni se trata tampoco de validez de la prueba, que fue la óptica desde la que se formuló la queja. No obstante, lo anterior no es óbice para considerar que la queja formulada sí es pertinente a efectos de valoración de prueba. Con arreglo al sentido común y máximas de la experiencia, un profesional especializado en una materia tendrá más conocimiento y experiencia sobre la

[14] STS 321/2026 de 5 de mayo. En similar sentido, STS 218/2026 de 17 de marzo sobre la queja de la defensa de que el informe de credibilidad de los menores había sido emitido por un Instituto (IMELGA), que no tiene por especialidad cualificada el análisis de credibilidad de menores.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cuestión que otro profesional no especializado. En este sentido, la misma sentencia citada llegó a indicar que la defensa pudo practicar otra pericial, ex art. 471 LECr, con perito a su costa, si entendía que la cuestión de la imputabilidad exigía necesariamente el dictamen de un especialista en psiquiatría distinto del médico forense designado judicialmente. Respecto de dicho razonamiento, es de objetar lo siguiente:

La designación de perito de parte no se halla al alcance de todo ciudadano. El derecho de defensa requiere de medios económicos de los que una parte significativa de la ciudadanía puede carecer. Incluso en el supuesto en el que el justiciable - bien por él mismo o bien asumido por sus allegados por carecer de recursos el primero - tiene capacidad para costear una defensa técnica de libre elección, no siempre se dispone además de capacidad para costear a un perito. En el caso de que la defensa sea de oficio, careciendo de recursos económicos, la reflexión es innecesaria. Partiendo de esa premisa, exigir designar un perito cuando no siempre se dispone de medios para ello supone un imposible y determina como aparente y formal la posibilidad de practicar una pericial por un especialista. En ese caso, debería articularse la posibilidad de practicarse la diligencia con especialista a través de designación judicial.

En esa línea, se elevó queja por un letrado de la defensa, que precisamente por la falta de medios económicos solicitó en distintas ocasiones una pericial a practicar por especialista en psiquiatría designado judicialmente, no pudiendo designar o aportar pericial de parte el justiciable. En ese caso, se infiere que se desestimó la queja bajo la premisa, entre otros extremos, de que no se constató por los peritos designados que se hubiera requerido de pruebas complementarias pertenecientes a la especialidad en psiquiatría[15].

Por último, sobre la tacha de falta de cualificación del perito, el Tribunal Supremo ha indicado que esta no puede reducirse a una cuestión nominativa que ponga el acento exclusivamente en los títulos académicos que posea o no el perito designado, sino que debe ponerse en relación con el objeto pericial; su grado de complejidad y de especialidad es el que marcará la necesidad de que el perito acredite determinados conocimientos y títulos habilitantes específicos para poder formular una opinión pericial atendible o fiable. A mayor complejidad del objeto pericial, mayores exigencias de habilitación técnico-pericial cabrá exigir al perito designado, y que no siempre el objeto de la pericial requiere de especial titulación, pues la condición de experto, el acceso a las máximas de conocimiento necesarias puede, en este caso, obtenerse por otras fuentes distintas a la titulación"[16].

[15] STS 312/2026 de 29 de abril.
[16] STS 354/2021 de 29 de abril.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 2. Sobre la práctica conjunta de medios de prueba pericial (724 LECr)

El art. 724 LECr prevé la declaración conjunta de los peritos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos. Con motivo de dicho mecanismo de examen conjunto, el Tribunal Supremo ha validado que, en virtud de este, los distintos peritos puedan disponer, previo a declarar, copia del informe del resto de expertos intervinientes. En este sentido, se ha desestimado la queja de la defensa por haber acordado el órgano de enjuiciamiento que se entregara a los peritos propuestos por el Ministerio Fiscal copia de los informes emitidos por los peritos de la defensa, señalando que, si han de informar juntos, lo razonable es que cada perito, cuando informe en el plenario, tenga conocimiento del criterio de los demás para entablar el debate en plenas garantías de contradicción y sin las ventajas que puede haber si unos no conocen el criterio de otros[17].

Acertadamente, la ley procesal contempla expresamente un mecanismo que no solo contribuye a la agilidad de la práctica de la prueba, sino que permite mayor amplitud y riqueza del debate y práctica de la prueba, compartiendo plenamente el posicionamiento del Tribunal Supremo. Ahora bien, un matiz: el presupuesto nuclear de la práctica de pericial conjunta, declarar "sobre unos mismos hechos", de carácter amplio y genérico, debe ser interpretado en clave restrictiva, no procediendo la práctica de pericial conjunta cuando el objeto de la pericial, aun relacionada con los hechos, es distinto.

## 3. De la impugnación del informe pericial y sus efectos (788.3 *in fine* LECr)

El art. 788.3 LECr *in fine* habilita, como excepción, y, por ende, de aplicación restrictiva, que el informe pericial que es de naturaleza personal ostente naturaleza de prueba documental, siempre que concurran acumulativamente 4 premisas: 1ª) informe emitido por laboratorio oficial; 2ª) respecto de análisis de sustancias estupefacientes; 3ª) siempre que conste la aplicación de protocolos científicos exigibles normativamente; 4ª) en el marco del procedimiento abreviado.

Dicha excepción normativa fue introducida por la DA 3.ª LO 9/2002, de 10 de diciembre. Posteriormente, por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005, se dispuso lo siguiente: "Las previsiones del art. 788.2 LECr son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo. La aplicación de este artículo no es extensible a otros procesos o pruebas, por lo que sus previsiones son aplicables exclusivamente a los casos expresamente contemplados en el mismo". Conforme a ello, entonces, solo en el marco de procedimiento abreviado y que tenga por objeto análisis de sustancias estupefacientes emitido por laboratorio oficial, podría tener esa naturaleza documental en caso de no impugnación.

[17] STS 780/2025 de 29 de septiembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Consecuentemente, otros informes periciales de carácter científico, emitidos por laboratorio oficial, con procedimientos normativos exigibles, pero con objeto distinto a sustancias estupefacientes, inexorablemente deberían practicarse como prueba personal, sean o no impugnados. Por ejemplo, análisis de restos biológicos de ADN o análisis de presencia de contaminación o residuos. Ello no parece razonable ni desde un punto de vista de economía procesal ni por ratio de asimilación. Son informes que aplican métodos científicos cualitativos y cuantitativos y, por ende, en caso de no impugnación y cumplir los protocolos, la comparecencia de los peritos poco más aportará que una ratificación formal, pues las conclusiones serán producto de procesos y operaciones científicas estandarizadas por protocolos y reglas de la ciencia. No parece entonces que el perito, compareciendo en el acto de juicio oral, pueda aportar un plus cualificado de auxilio, siendo las conclusiones producto de aplicación de la ciencia sin demasiado margen para la interpretación valorativa.

Conforme a esa reflexión, tanto la norma del actual 788.4 in fine LECr como el acuerdo del Pleno de 25 de mayo de 2005 son demasiado restrictivos y debería extenderse a cuantos informes periciales de laboratorios oficiales que apliquen métodos y procesos científicos de análisis, y ser aplicación no solo en el marco de procedimiento abreviado, sino también ordinario. Cuestión distinta, correlativamente a lo anterior, son los informes periciales en los que media una opinión valorativa del experto, aun cuando se apliquen técnicas de la ciencia o ingeniería, como puede ser una pericial médico forense, y no se ciñen única y exclusivamente a análisis. En ese escenario, de informe pericial no emitido por un laboratorio, en el que sí tiene cabida opinión valorativa no tasada, la comparecencia personal debe ser la regla general.

Desde que se citó el Acuerdo del Pleno de 25 de mayo de 2005, se han dictado pluralidad de resoluciones acerca del valor y naturaleza de prueba documental del informe pericial, sin que se haya aprobado otro Acuerdo del Pleno no jurisdiccional. No obstante, desde hace tiempo, la praxis ante tribunales de enjuiciamiento ha ido imponiendo que, por reglas de economía procesal, un informe pericial no impugnado emitido - no ya por laboratorio, sino por organismo oficial - tiene naturaleza y es medio de prueba documental. Por ejemplo, los informes médico-forenses no impugnados o periciales de tasación de daños o valor del bien sustraído emitidos por peritos judiciales. Dicha praxis contraviene de plano lo previsto por el art. 788.3 *in fine* LECr, así como el citado Acuerdo del Pleno, además de generar inseguridad jurídica. Formúlese el siguiente ejemplo: Acusación que no propone al médico forense como prueba personal. Sin embargo, propone como prueba documental su informe. La defensa letrada, que, sin impugnar el informe, invoca en informe que no se ha practicado la prueba de cargo respecto de un elemento del tipo de lesiones (existencia o no de tratamiento médico), por cuanto, por aplicación del 788.3 in fine LECr y el citado último acuerdo del pleno, no tiene naturaleza documental por no cumplir las características para ello, al margen de que se impugne o no. Ante

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ese escenario, el órgano de enjuiciamiento que puede aplicar lo previsto por ley, ex art. 788.3 *in fine* LECr, o bien, en atención a la jurisprudencia menor que flexibilizó dicho presupuesto.

*Lege ferenda* sería necesaria una reforma al respecto y establecer las reglas procesales sin que las defensas letradas y acusaciones tengan que estar al albur del criterio de cada órgano jurisdiccional sobre dicho extremo. A expensas de ello, el Tribunal Supremo recientemente ha proporcionado cierta claridad y seguridad jurídica, a partir del siguiente supuesto de hecho:

La defensa impugnó el informe pericial de laboratorio sobre existencia de ADN en ropa interior de la víctima de agresión sexual y no comparecieron los peritos en sede de juicio oral. Consecuentemente, la defensa letrada invocó que ese hecho base - existencia de material biológico del acusado en la ropa interior de la víctima- no había quedado acreditado, pues esa prueba no se había practicado, conforme al 788.3 *in fine* LECr. Sin embargo, el órgano de enjuiciamiento otorgó naturaleza de prueba documental, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, y que no es acorde conforme a su propio acuerdo del Pleno, apartándose del mismo. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en ejercicio de función nomofiláctica y con la finalidad de arrojar seguridad jurídica y claridad, va un paso más allá, establece lo siguiente:

Existen tres categorías de informes periciales. En primer lugar, el informe pericial documentado con privilegio legal y que es el previsto por el art. 788.3 *in fine* LECr. En segundo lugar, las pericias preconstituidas, que abarcan partes de asistencia, informes forenses, tasaciones practicadas por perito judicial, actas policiales, entendiendo por tales aquellas actuaciones policiales objetivas e irrepetibles: recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia. Todas ellas no precisan ratificación si no son impugnadas materialmente, no bastando la mera impugnación formal. En tercer y último lugar, periciales documentadas con privilegio jurisprudencial consolidado, y respecto de los que, con cita en el originario Acuerdo del Pleno de 25.5.1999, reafirma que son informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios Oficiales del Estado, basados en conocimientos especializados, que no precisan de ratificación para ser valorados, salvo en caso de impugnación tempestiva y con contenido material[18].

A la luz de este último posicionamiento, que se comparte por razones de fundamentos materiales, parece que el acuerdo del 25 de mayo de 2005 ha quedado obsoleto en tanto que se ha ampliado y expandido la naturaleza de prueba documental a supuestos más allá de los previstos expresamente en dicho acuerdo, cuyo espíritu era de vocación restrictiva.

[18] STS 123/2025 de 13 de febrero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por último, sobre la forma o cauce de impugnación y sus motivos del informe pericial, la citada sentencia incide en la necesidad de impugnar el informe por razones de contenido material y no meramente formal o incluso por razones de validez. En ese sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a apuntar que la impugnación material permite, en virtud del art. 471 LECr, "a la defensa del acusado designar un perito que se sume al informe oficial encargado por el Juez de instrucción. Y, por supuesto, el juicio oral es un momento más que hábil para aportar una prueba pericial de parte que permita al Tribunal sentenciador, a la vista del informe contradictorio ofrecido por el experto propuesto por la defensa, concluir acerca del acierto o desacierto del método empleado"[19]. Con ello se refuerza la exigencia de que no basta una impugnación genérica, y en abstracto, para que la misma despliegue efecto alguno.

En este sentido, sobre impugnación material de informe pericial, se han impugnado informes médico-forenses con motivo de que el mismo no examinó al lesionado. Sobre ello, el Tribunal Supremo desestima la queja "si el informe pericial requiere de un reconocimiento con el que constatar la concurrencia o ausencia de determinadas bases materiales que condicionen el dictamen final y definir cómo debe, sobre la base de que "el reconocimiento es algo que solo puede indicar el técnico especializado y no las partes. El Tribunal habrá reclamado un parecer técnico sobre un aspecto relevante para el enjuiciamiento, por lo que deberá facilitar lo que el perito precise para emitir su dictamen, y el control de esta Sala casacional debe limitarse a comprobar si el informe era realmente preciso y si el Tribunal dotó al perito de todo aquello que el técnico consideró obligado para emitir su dictamen y que no se demuestre inútil"[20].

## V. VALORACIÓN DEL INFORME PERICIAL

### 1. Libre valoración de la prueba y reglas de la sana crítica sin sesgos

Ninguna regla de valoración del medio de prueba pericial se halla positivizada, más allá de que en la jurisdicción penal rige el criterio de libre valoración de la prueba, conforme al art. 741 LECr. Por ende, por mucho que los peritos sean los expertos respecto de hechos o realidades objeto de debate y sometido a celebración de juicio oral, no por esa cualidad de expertos los órganos jurisdiccionales quedan vinculados a sus conclusiones, aun y cuando le haya practicado una única pericial sobre un determinado extremo: "El juez estudia el contenido del informe y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre las preguntas y repreguntas que se le hacen y, finalmente, lo hace suyo o no, o lo hace parcialmente. No se trata, pues, de un juicio de peritos, sino de una fuente de conocimientos científicos, técnicos o prácticos que ayudan al juez a

[19] STS 17/2025 de 16 de enero.
[20] STS 203/2026 de 5 de marzo

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

descubrir la verdad. La no vinculación del juez a la pericia determina que él mismo pueda apreciar determinadas circunstancias distintas de las que examinado el perito"[21].

También se ha advertido que no procede asumir acríticamente las conclusiones suscritas por los peritos sin el más mínimo matiz, transcribiendo múltiples pasajes que no permiten distinguir lo que el órgano jurisdiccional proclama como probado - en ejercicio de la función valorativa que les impone el art. 741 de la LECr - y lo que no son sino opiniones de expertos[22].

El órgano de enjuiciamiento es libre a la hora de valorar el dictamen pericial estando sujeto únicamente a las reglas de la sana crítica para su valoración crítica, que si bien y no están positivadas, dichas reglas "están constituidas por las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.)"[23].

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha indicado que el sesgo de practicarse un medio de prueba pericial por peritos de parte en nada puede afectar a la valoración de dicha pericial. No es admisible cuestionar sin más a la pericial de parte por la circunstancia de ser propuesta por una de las partes, como si solo la prueba pericial judicial fuera la única que tiene el patrimonio exclusivo de la veracidad o credibilidad[24]. Se ha indicado que "no es aceptable, por ejemplo, que se descarte el valor de la pericia propuesta por una parte del proceso porque concurran en el cuadro probatorio peritos oficiales bajo el argumento exclusivo de la condición de funcionarios imparciales de estos últimos. La imparcialidad, que desde luego es un valor de la función pericial, sin embargo, no asegura por sí misma la mejor tecnicidad y racionalidad de las conclusiones ni las inmuniza de todo control crítico a la luz de otras periciales practicadas. Tal vez por peritos apriorísticamente menos imparciales, pero a lo mejor más solventes en el tema técnico-científico que constituye el objeto del dictamen.

[21] STS 234/2025 de 13 de marzo.
[22] STS 951/2023 de 21 de diciembre.
[23] STS 321/2025 de 3 de abril.
[24] STS 29/2023 de 25 de enero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ni el simple escrutinio del origen profesional del perito ni la simple comparación cuantitativa de títulos académicos pueden resultar suficientes para otorgar o privar de valoración una conclusión pericial"[25].

### 2. Imparcialidad del perito

Uno de los ítems más discutidos por las partes en sede de valoración de la prueba pericial es el de la imparcialidad del perito. Se han dictado distintas resoluciones en las que acusaciones o defensas habían atacado la prueba pericial por considerar que el perito carecía de imparcialidad por ser parte implicada. A estos efectos, por ejemplo, en sede de delitos contra la Hacienda Pública, se ha dicho que no se produce la pérdida de imparcialidad de los peritos por el solo hecho de pertenecer a un determinado organismo encargado de la tramitación de expedientes administrativos que preceden a la incoación del procedimiento penal, atendiendo a la condición de funcionarios públicos y vinculación laboral con el Estado, titular del *ius puniendi*; no genera interés personal que les inhabilite, sin perjuicio del derecho de la parte a proponer otra prueba pericial alternativa[26].

Por otro lado, se ha descartado pérdida de imparcialidad por tener con motivo de la relación mantenida por los peritos con las partes para la emisión del dictamen, por cuanto el art. 471 de la LECr, autoriza a las partes a designar su propio perito y es evidente que la propuesta del propio perito presupone esos contactos previos, indispensables para concluir la idoneidad del candidato a elaborar el informe ofrecido por la parte[27].

## VI. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asumido un papel integrador del régimen legal del informe pericial, ante la insuficiencia normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, esa labor interpretativa no se ha limitado a aclarar conceptos, sino que en determinados aspectos ha flexibilizado de forma relevante los presupuestos legales de la prueba pericial, en ocasiones razonablemente, pero con riesgos para la contradicción, la defensa y la delimitación entre función pericial y función jurisdiccional.

La flexibilización jurisprudencial puesta de manifiesto responde en buena medida a razones de funcionalidad, economía procesal y adaptación del proceso penal a realidades técnicas. La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo muestra una tendencia a sustituir una lectura estrictamente formal de la prueba pericial por una concepción material, funcional y flexible. Esta orientación puede resultar razonable cuando permite

[25] STS, Pleno, 232/2022 de 14 de marzo.
[26] STS 436/2023 de 7 de junio. En similar sentido, STS 779/2023 de 18 de octubre, alude a la imparcialidad de los peritos en tanto profesionales pertenecientes a organismos públicos que han tramitado expedientes administrativos de los que derivó el proceso penal.
[27] STS 436/2023 de 7 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

evitar nulidades puramente formales o adaptar el proceso a la complejidad técnica actual. No obstante, la elasticidad interpretativa puede debilitar garantías estructurales de la prueba pericial, en particular la contradicción efectiva, la igualdad de armas, la inmediación y el derecho de defensa.

Por último, algunas interpretaciones jurisprudenciales parecen haber operado, en la práctica, como una derogación parcial del régimen jurídico positivo del informe pericial. Se trata de una reforma material que no ha sido llevada a cabo por el legislador, sino articulada jurisprudencialmente mediante una reinterpretación - cuando no una auténtica reescritura - de los preceptos vigentes. Ello puede generar espacios de inseguridad jurídica. Los operadores jurídicos se ven obligados a aplicar disposiciones que continúan formalmente vigentes, pero cuyo contenido normativo ha sido sustancialmente alterado por la jurisprudencia, ya sea mediante la modificación de su supuesto de hecho, la flexibilización de sus requisitos o la introducción de excepciones no previstas expresamente en la ley. El resultado es la configuración de facto de un régimen jurídico del informe pericial distinto al formalmente vigente.

## VII. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

| *Tribunal, Sala y Fecha* | *Ref.* | *Magistrado Ponente* |
|---|---|---|
| STS, Sala Penal, de 5 de mayo de 2026 | 321/2026 | Pablo Llarena Conde |
| STS, Sala Penal, de 29 de abril de 2026 | 312/2026 | Leopoldo Puente Segura |
| STS, Sala Penal, de 19 de marzo de 2026 | 220/2026 | Ángel Luis Hurtado Adrián |
| STS, Sala Penal, de 5 de marzo de 2026 | 203/2026 | Andrés Palomo del Arco |
| STS, Sala Penal, de 30 de diciembre de 2025 | 1071/2025 | Ana María Ferrer García |
| STS, Sala Penal, de 11 de diciembre de 2025 | 1019/2025 | Pablo Llarena Conde |
| STS, Sala Penal, de 29 de septiembre de 2025 | 780/2025 | Ángel Luis Hurtado Adrián |
| STS, Sala Penal, de 18 de septiembre de 2025 | 744/2025 | Juan Ramón Berdugo Gómez de La Torre |
| STS, Sala Penal, de 17 de septiembre de 2025 | 730/2025 | Carmen Lamela Díaz |
| STS, Sala Penal, de 11 de septiembre de 2025 | 719/2025 | Juan Ramón Berdugo Gómez de La Torre |
| STS, Sala Penal, de 2 de julio de 2025 | 605/2025 | Carmen Lamela Diaz |
| STS, Sala Penal, de 12 de junio de 2025 | 545/2025 | Juan Ramón Berdugo Gómez de La Torre |
| STS, Sala Penal, de 3 de abril de 2025 | 321/2025 | Susana Polo García |
| STS, Sala Penal, de 21 de marzo de 2025 | 260/2025 | Manuel Marchena Gómez |
| STS, Sala Penal, de 13 de marzo de 2025 | 234/2025 | Carmen Lamela Díaz |
| STS, Sala Penal, de 16 de enero de 2025 | 17/2/2025 | Manuel Marchena Gómez |
| STS, Sala Penal, de 12 de diciembre de 2024 | 1142/2024 | Pablo Llarena Conde |
| STS, Sala Penal, de 6 de noviembre de 2024 | 977/2024 | Andrés Palomo del Arco |
| STS, Sala Penal, de 21 de diciembre de 2023 | 951/2023 | Julián Artemio Sánchez Melgar |
| STS, Sala Penal, de 18 de octubre de 2023 | 779/2023 | Susana Polo García |
| STS, Sala Penal, de 7 de junio de 2023 | 436/2023 | Juan Ramón Berdugo Gómez de La Torre |
| STS, Sala Penal, de 25 de enero de 2023 | 29/2023 | Susana Polo García |
| STS, Pleno Sala de lo Penal, de 14 de marzo de 2022 | 232/2022 | Javier Hernández García |
| Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 | | |

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO: DOS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES DESDE LA STS 401/2020, DE 17 DE JULIO, Y LA STS 6/2021, DE 13 DE ENERO

*Alfonso Allué Fuentes*

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Planteamiento de la STS 401/2020, de 17 de julio. 1. El relato fáctico de la sentencia recurrida. 2. Motivos del recurso de casación. 3. Decisión del recurso. III. Planteamiento de la STS 6/2021, de 13 de enero. 1. El relato fáctico de la sentencia recurrida. Motivos del recurso de casación. 2. Decisión del recurso. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo referente a la validez de la prestación del consentimiento para la adecuada práctica de la diligencia de entrada y registro en el domicilio de un particular, mediante dos específicos supuestos objeto de casación, por cuanto tal diligencia compromete derechos de dimensión constitucional tales como la inviolabilidad del domicilio, la intimidad y la defensa. El primer supuesto, estudiado en la STS 401/2020, de 17 de julio, aborda dicha prestación del consentimiento cuando lo efectúa una persona diferente del investigado– concretamente, su esposa– compartiendo ambos la misma vivienda. En el segundo, la STS 6/2021, de 13 de enero, plantea la problemática que surge ante la duda sobre si en el momento en que el investigado consiente la entrada y registro puede entenderse que estaba detenido –lo que habría requerido la presencia de su letrado defensor- o bien en situación de libertad - sin necesidad entonces de asistencia letrada -, en orden a determinar la validez del consentimiento y, por derivación, del material probatorio procedente de la práctica de la diligencia.

## II. PLANTEAMIENTO DE LA STS 401/2020, DE 17 DE JULIO

### 1. El relato fáctico de la sentencia recurrida

La sentencia de instancia declara probado, en síntesis, que los agentes de la Guardia Civil actuantes acudieron al domicilio del procesado y, con el consentimiento de la moradora – su esposa -, realizaron la entrada y registro en la vivienda ante la sospecha de que en la misma se almacenaba un gran número de armas de fuego, como pudieron constatar al encontrar en una pequeña habitación del sótano y en otra anexa determinados efectos propiedad del investigado consistentes en dos fusiles ametralladoras carentes de número de identificación, un mechero que simulaba una pistola, tres silenciadores, catorce cargadores, 798 cartuchos de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

diferentes calibres, 21 *walkie-talkies*, cinco grilletes metálicos, dos defensas tongas, un bote de gas lacrimógeno y una banqueta para limpiar armas.

La Audiencia Provincial dicta sentencia condenatoria del acusado y le impone por el delito de depósito de armas de guerra las penas de 7 años y 5 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 10 años, acordando el abono del tiempo correspondiente a la prisión preventiva, el comiso de los efectos intervenidos dándoles el destino legal, y la destrucción de las armas de guerra y prohibidas.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de apelación interpuesto por el acusado.

## 2. Motivos del recurso de casación

Recurrida la sentencia en casación por la representación procesal del acusado alegando tres motivos para defender el recurso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo aborda el análisis del primero de ellos, fundamentado en vulneración de precepto constitucional de los arts. 5.4.º LOPJ y 852 LECr al haberse lesionado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Más en concreto, el recurrente sostiene que la diligencia de entrada y registro es nula al haberse practicado con el solo consentimiento de su esposa, que considera insuficiente, a lo que añade dos cuestiones que anulan el mismo: la existencia entre ambos de un conflicto de intereses al estar prácticamente rota la relación matrimonial, y la falta de información por los agentes a dicha moradora acerca de las razones o motivos de la entrada y registro, por todo lo cual la nulidad de la diligencia también se extiende a su resultado y no es prueba apta para desvirtuar el principio constitucional de inocencia.

## 3. Decisión del recurso

La Sala Segunda desestima el motivo de casación expuesto sobre los siguientes razonamientos:

1.º Sobre la existencia de un conflicto de intereses que invalide el consentimiento otorgado por la esposa, la Sala Segunda entiende acertada la respuesta que da el órgano de instancia en el sentido de no tenerlo por acreditado, señalando al respecto los siguientes datos en apoyo de su interpretación:

- El acusado y su esposa vivían juntos a pesar de no tener relación sentimental, dormían en habitaciones diferentes e incluso ella aludió a unos posibles malos tratos, nada de lo cual implica un conflicto de intereses entre ambos, aun identificándose una relación matrimonial no correcta ni adecuada.
- La esposa prestó a los agentes el consentimiento para la práctica de la diligencia en su condición de moradora de la vivienda que compartía con el acusado, no como un tercero ajeno al inmueble que hubiera autorizado la entrada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

- Al salir de prisión, el acusado volvió a vivir con su esposa hasta que posteriormente decidió marcharse, lo que excluye cualquier sospecha de conflicto o de venganza que anule el consentimiento, y además no fue ella quien provocó el acceso al domicilio ni consta que hubiera puesto allí las armas.
- Cuando fue detenido, el acusado llamó a su esposa.
- No fue la esposa quien inició el proceso, ni formuló denuncia, ni se personó en la causa, ni realizó acto alguno que pudiera facilitar la detención del acusado, sino que incluso se mostró sorprendida cuando los agentes encontraron las armas en la vivienda, admitiendo ante ellos tal sorpresa.

2.º Acerca de la falta de información por los agentes a la moradora sobre las razones o motivos de la entrada y registro, la Sala Segunda acepta la valoración efectuada en la instancia en el sentido de que esa información fue facilitada y el consentimiento se prestó libremente, sin que a ello perjudique la sorpresa manifestada por la esposa, que pudo no comprender de forma correcta la información que le trasladaban los agentes, habiéndose constatado un consentimiento libre y voluntario al registro de conformidad con el art. 551 LECr, sin que durante el mismo ni con posterioridad hubiese la moradora efectuado algún acto de oposición. Antes al contrario, firmó en el acta policial admitiendo la realización del registro – identificó su firma en el acto del juicio -, que se practicó únicamente en la habitación del acusado.

3.º El contenido del recurso sirve a la Sala Segunda para hacer una referencia al concepto de morada cuando está en juego el descubrimiento de efectos o instrumentos del delito ante una posible colisión de derechos entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho-obligación del Estado a perseguir los delitos. Para ello invoca el concepto constitucional de domicilio como "cualquier espacio cerrado donde una persona desarrolle su vida privada, bien sea de modo permanente o accidental, abarcando tanto la vivienda habitual como la que se ocupa de modo transitorio", trayendo sobre este punto la STC 22/1984, de 17 de febrero, por lo que existe la obligación de acudir a la autoridad judicial para acceder al domicilio, salvo que conste el consentimiento del afectado, siendo clave al respecto el art. 551 LECr[1].

En el caso, la sentencia entiende cumplidos los presupuestos para la validez de la diligencia al tener por voluntario y libre el consentimiento otorgado por la esposa en tanto moradora del inmueble, coincidiendo con el examen de la prueba y la conclusión del órgano *ad quem*, con el añadido jurisprudencial de que cuando existe pluralidad de moradores no se precisa la autorización de todos ellos ni que todos se hallen presentes.

[1] Indica el precepto: "Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y 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 que reconoce al domicilio el artículo 6.º de la Constitución del Estado" (que en el caso español es el art. 18.2 de la Constitución).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

4.º La sentencia de casación cita varias resoluciones de la propia Sala Segunda exponiendo en casos análogos la doctrina elaborada acerca de la prestación del consentimiento por el morador que es cotitular de la morada y cónyuge o pareja del afectado. Concretamente:

- La STS 968/2010, de 4 de noviembre, analiza si la cotitular del domicilio y conviviente con el investigado puede prestar válidamente el consentimiento para que los agentes accedan al domicilio y lo registren. Para ello se sirve de la STC 22/2003, de 10 de febrero, en la que se utiliza el concepto de confianza recíproca entre los convivientes para señalar que esta situación habilita para que cualquiera de estos pueda tomar decisiones que afecten al domicilio común, pues todos son cotitulares, y deben asumirlas sin que ello suponga lesión para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Tal convivencia va a comportar recíprocas limitaciones en lo que concierne a la actuación frente a terceros, derivadas de la pluralidad de derechos sobre el domicilio[2], distinguiendo el Tribunal Constitucional entre la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio - que se atribuye a cada uno de los moradores - y la titularidad para autorizar la entrada y registro, propia de cualquiera de los titulares de la vivienda.
- La STS 291/2012, de 26 de abril, hace referencia al "interesado" que menciona el art. 569, inciso primero LECr[3], identificándolo como la persona titular del derecho a la intimidad que va a resultar afectado por la entrada y registro, y para el caso de que hubiera varios moradores basta la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los demás. La presencia de dicho interesado es condición de validez de la diligencia, coincidiendo con el mismo a que se refiere el art. 550 LECr[4] para la prestación del consentimiento, no siendo admisible la práctica de un registro domiciliario consentida por un investigado no morador. Afirma esta sentencia que, si el interesado no estuviera presente, siendo posible su presencia, la entrada y registro sería nula, y en punto a la salvaguarda de la intimidad cuando haya varios moradores, de los que uno o más estuvieran imputados, será suficiente la presencia de alguno de ellos para dar validez a la medida, siempre que no se evidencien conflictos de intereses entre sí.

[2] La referida STC 22/2003 se expresa en estos términos: "Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo. (…) Como regla general puede afirmarse, pues que, en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes".

[3] "El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente".

[4] "Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado (…), o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada (…)".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Idéntica doctrina siguen las SSTS 940/2012, de 27 de noviembre, y 77/2014, de 11 de febrero, también citadas en la STS 401/2020 objeto de este trabajo.

La STS 35/2018, de 24 de enero, incide en que el consentimiento como factor legitimante de la entrada y registro implica una renuncia consciente y libre del derecho de exclusión domiciliaria frente al poder público, debiendo tratarse de un consentimiento al que no alcance duda alguna ni presión psicológica de la que proceda su otorgamiento[5], el cual puede ser incluso tácito a la luz del art. 551 LECr (véase anterior nota al pie 1), si bien esta modalidad ha de ser interpretada restrictivamente.

5.º Como cierre de la argumentación para desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada, la Sala Segunda se pronuncia en sentido opuesto al articulado por el recurrente y concluye en los siguientes aspectos:

- Hubo consentimiento a la diligencia de entrada y registro por la moradora esposa del acusado.
- Es la pareja del recurrente, que residía en la vivienda, quien autoriza la entrada.
- No se acredita ánimo alguno en la moradora tendente a perjudicar al acusado, no obstante, las diferencias que pudieran existir entre ambos.
- La diligencia se lleva a cabo por iniciativa de los agentes actuantes.
- Consta acreditada la debida información a la moradora, no advirtiéndose conflicto de intereses con el recurrente.
- La moradora está presente en la diligencia, así como en el momento de la solicitud y la prestación del consentimiento.
- Se aprehenden los objetos relacionados en los hechos probados.

## III. PLANTEAMIENTO DE LA STS 6/2021, DE 13 DE ENERO

### 1. El relato fáctico de la sentencia recurrida

La sentencia de instancia declara probado, en síntesis, que en el marco de un control de posible actividad de venta de drogas al menudeo, los agentes de la Guardia Civil actuantes dieron el alto al acusado cuando conducía su automóvil, y preguntado si portaba sustancias estupefacientes entregó sendas bolsitas con cocaína y hachís, estando también en posesión de dos teléfonos móviles y de 370 €. Con el fin de elaborar acta de intervención y expediente sancionador por la tenencia de dichas sustancias, y dado que no precisaba su

[5] Así lo describe esta sentencia, con cita de otras: "Dicho en palabras precedentes de esta Sala, '...el consentimiento o la conformidad implica un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata en suma de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedimental'".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

domicilio puesto que manifestaba uno que no coincidía con el reflejado en el DNI, los agentes le informaron de la necesidad de comprobarlo, sugiriéndole que los acompañara al cuartel o al domicilio al que se refería, accediendo el acusado a esto segundo, al cual llegaron conduciendo éste su propio turismo y siendo seguido por la patrulla en el vehículo policial. Una vez abierta la puerta del domicilio, los agentes pudieron comprobar desde el umbral, y sin necesidad de entrar, una mesa de madera sobre la cual había un bote de cristal conteniendo una sustancia blanca, una bolsa transparente con sustancia blanca en su interior y una báscula de precisión. Ante dicha apreciación, el acusado les reconoció disponer de más cocaína, por lo que los agentes le informaron de que tendrían que abrir diligencias por presunto delito de tráfico de drogas, y de la posibilidad de autorizar una entrada y registro voluntaria en el domicilio, a lo que el acusado accedió, suscribiendo la correspondiente autorización y acta, al tiempo que manifestaba: "Me habéis cogido, llevo sólo dos meses haciéndolo, lo hago por necesidad, que tengo que mantener a mi madre y a mi hermana".

Como consecuencia del registro practicado se intervinieron al acusado los siguientes efectos:

- Resina de cannabis y cocaína en diferentes cantidades por un valor total de 13.047,01 €.
- 2.116,20 € procedentes de la venta de sustancias estupefacientes.
- Una báscula de precisión, un recipiente de cristal con sustancia de corte, rollo de papel film para el envasado de las sustancias, seis teléfonos móviles y dos tarjetas SIM.

Una vez finalizado el registro, los agentes detuvieron al acusado con información de sus derechos.

La Audiencia Provincial dicta sentencia condenatoria del acusado y le impone por el delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, con la circunstancia atenuante analógica de confesión, las penas de 3 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa proporcional de 13.047 €, con responsabilidad personal subsidiaria de 13 días de privación de libertad en caso de impago, acordando el abono del tiempo correspondiente a la privación de libertad, el comiso de las sustancias estupefacientes y del dinero metálico intervenidos dándoles el destino legal, y las costas procesales.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de apelación interpuesto por el acusado.

## 2. Motivos del recurso de casación

Recurrida la sentencia en casación por la representación procesal del acusado alegando dos motivos para defender el recurso, la Sala Segunda del Tribunal Supremo aborda el análisis del primero de ellos, fundamentado en vulneración de precepto constitucional de los arts. 5.4 LOPJ y 854 LECr al haberse lesionado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, solicitando la nulidad de la entrada y registro practicada. Más en concreto, el recurrente sostiene que la entrada y registro se llevó a cabo con su formal pero inválido consentimiento, prestado de modo insuficiente al hallarse en situación de detención ("pseudo-detención" en palabras del propio acusado) y sin la presencia de su abogado, por lo que la diligencia practicada es nula por haberse vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de defensa - al no haber tenido asistencia letrada – y la presunción de inocencia, en tanto que excluidas las pruebas así obtenidas ninguna otra alcanzaba para enervarlo.

### 3. Decisión del recurso

La Sala Segunda estima el motivo de casación expuesto y dicta sentencia absolutoria del acusado sobre los siguientes razonamientos:

1.º La inviolabilidad del domicilio está reconocida en el art. 12 de la Constitución, que prohíbe la práctica de la entrada y registro en el mismo sin el consentimiento de su titular o sin resolución judicial, salvo en caso de delito flagrante, y si dicho titular se encuentra detenido la prestación de su consentimiento requiere, para su validez, la presencia de su abogado, refiriendo a tal fin la STS 845/2017, de 21 de diciembre, para dar cuenta, con cita de otras sentencias, de las razones que así lo exigen[6]. En apoyo de esta interpretación jurisprudencial la STS 6/2021 menciona otras dos resoluciones de la Sala Segunda que completan dicha doctrina. Así, la STS 11/2011, de 1 de febrero, insiste en el carácter preceptivo de la asistencia letrada al detenido cuando no existe autorización judicial, por cuanto además de la inviolabilidad domiciliaria también está en juego el derecho de defensa en el marco de la denominada "intimidación ambiental" que puede provocar en el sujeto la presencia de los agentes policiales[7]. Y la STS 1080/2005, de 29 de septiembre, declara la ineficacia total del

[6] Son las siguientes: "El recurrente estaba detenido cuando fue requerido para dar su autorización a un registro en su vivienda. Ese acto como manifestación de su voluntad, debió ser practicado en condiciones de asesoramiento y asistencia letrada requerida por el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Constatados tales datos como ciertos, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala que establece que cuando un sujeto se halle detenido resulta obligatoria la asistencia de un letrado para que sea válido el consentimiento prestado por el imputado para que la policía practique un registro en su domicilio".

[7] Ésta es la doctrina al respecto: "Es preceptiva la presencia de letrado para que un detenido - en el caso de no existir autorización judicial- preste su consentimiento al registro domiciliario; si el que va a conceder consentimiento se encuentra detenido no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que sea prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza. Si la asistencia de letrado es necesaria para que este preste declaración estando detenido, también es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que ha venido denominándose 'la intimidación ambiental' o 'la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan'".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

consentimiento cuando, siendo preceptiva, ha faltado la asistencia de letrado, lo que inhabilita por invalidez el resultado de la diligencia practicada[8].

Es en este contexto normativo y jurisprudencial donde procede analizar la parte del relato fáctico de la sentencia recurrida en la que se declara, como antes se expresó, que una vez abierta la puerta del domicilio los agentes pudieron comprobar desde el umbral, y sin necesidad de entrar, una mesa de madera sobre la cual había un bote de cristal conteniendo una sustancia blanca, una bolsa transparente con sustancia blanca en su interior y una báscula de precisión. Ante dicha apreciación, el acusado les reconoció disponer de más cocaína, por lo que los agentes le informaron de que tendrían que abrir diligencias por presunto delito de tráfico de drogas, y de la posibilidad de autorizar una entrada y registro voluntaria en el domicilio, a lo que el acusado accedió, suscribiendo la correspondiente autorización y acta.

2.º En el caso de la STS 6/2021 la diligencia de entrada y registro debe ser considerada nula al haberse practicado merced al consentimiento otorgado por el detenido careciendo de asistencia letrada, con la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales a la defensa y a la inviolabilidad del domicilio, extendiéndose dicha nulidad a las fuentes de prueba resultantes de la práctica de aquella diligencia. Para alcanzar esta conclusión la Sala Segunda recuerda en primer lugar los argumentos en sentido contrario expuestos en la sentencia de primera instancia y la de apelación, sintetizándolos del siguiente modo:

- La Audiencia Provincial observa que: a) Consta acreditación documental de la prestación del consentimiento por el acusado, cuya nulidad, por tanto, no cabe sostener; b) El acusado se cogió en el plenario a su derecho a no declarar, y tampoco invocó presiones o coacciones que viciaran su consentimiento, desmereciendo los argumentos de la defensa al respecto[9]; y c) Los agentes actuantes que declararon como testigos en el acto del juicio pusieron de manifiesto la realidad de los hechos, consistente en que la intervención policial en el domicilio estuvo precedida de una actuación legítima y reglada por dichos agentes, al constar la necesidad de efectuar una comprobación del domicilio a los efectos de un expediente por infracción amparado en el art. 36 de la LO 4/2015, de Protección de la seguridad

[8] Dice esta sentencia que "la asistencia técnica jurídica es necesaria para que preste declaración, conforme al artículo 520.2 d), lo que incluye también que será preciso tal asesoramiento, antes de otorgar el consentimiento, respecto al registro policial en su domicilio, y por tanto que el mismo se conceda después de que un letrado le asesore debidamente. La falta de asistencia del abogado constituye una vulneración del artículo 17.3 de la Constitución Española, con los efectos previstos en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, la ineficacia total de dicho consentimiento y, por tanto, la imposibilidad de conferir validez al resultado de la entrada y registro efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar por otros medios lo que se descubrió en el registro, cuya diligencia debe ser declarada radicalmente nula".

[9] Se refiere a los mismos como "una simple elucubración o hipótesis táctica, formulada por la defensa a partir de una evocación imaginada y convincente de lo ocurrido en el momento de prestación del consentimiento".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ciudadana, en relación con sus arts. 16 y 48 relativos a la identificación de las personas, y dentro de esta misma necesidad de comprobación pidieron al acusado que abriera la puerta, lo cual hizo, permitiendo a los agentes visualizar desde el umbral de la vivienda las sustancias y materiales ya referidos como un hallazgo flagrante, por lo que a continuación le informaron de que tendrían que abrir diligencias por presunto delito de tráfico de drogas, y de la posibilidad de autorizar una entrada y registro voluntaria en el domicilio, a lo que el acusado accedió libremente, lo que llevó a los agentes a prescindir de la asistencia letrada y de la formalización de la detención, la cual fue practicada tras la realización de dicho registro voluntario. Esta posposición de la privación de libertad estaba doblemente amparada: bien porque el hecho se considerase flagrante – lo cual justificaba la entrada y la incautación de la droga sin que entonces tuviera importancia el momento de la detención, o bien, descartándose la flagrancia, porque sin una detención anterior que no estaba justificada dada la colaboración del investigado, la misma se produjo tras la finalización del registro y su resultado, que la fundamenta.

- El Tribunal Superior de Justicia, por su parte, refiere el siguiente análisis para desestimar el recurso de apelación: a) Para proceder a la detención es preciso que concurran dos elementos que la justifiquen, atendiendo al art. 492.3.º y 4.º LECr: primero, una exigencia de intensidad basada en suficientes motivos racionales para entender cometido un delito y que el sujeto ha tenido participación en el mismo, y, segundo, un riesgo de fuga si se aprecian circunstancias que en el momento hagan presumir que la persona no comparecerá cuando sea convocada por la autoridad; b) El Tribunal Superior no apreció riesgo de fuga, toda vez que el propio acusado, conduciendo su propio turismo, guió a los agentes a su domicilio, siendo seguido por la patrulla en el vehículo policial, sin realizar gesto alguno de huida y aceptando haber sido "cogido" por dichos funcionarios policiales, de lo que se desprende que ni estaba materialmente detenido ni debía haberse acordado formalmente su detención; y c) Incluso si admitiera la nulidad de la entrada y registro, aún existiría prueba de cargo para decidir la condena, puesto que los agentes pudieron ver desde la puerta, una vez abierta por el acusado, la droga y los demás efectos relacionados con ella, lo que lleva al Tribunal a interpretar que aquéllos actuaron como observadores, así como que entre dicha constatación *de visu* no controvertida y el registro que la siguió no existe conexión causal al ser la primera anterior al segundo, lo que constituye al registro como mera corroboración de un hecho previamente comprobado. De este modo, excluir del cuadro probatorio la diligencia de entrada y registro no perjudica la realidad de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

la constatación visual – y fotográfica - efectuada por los agentes al ser temporalmente anterior a aquélla, quedando así igualmente enervada la presunción de inocencia[10].

3.º La Sala Segunda reprocha en la sentencia que ambos tribunales abordan un análisis superficial de la situación en la que se hallaba el acusado en lo referente a si se le podía considerar o no privado de libertad. Tras recordar los hechos probados desde que el vehículo policial le acompañaba siguiéndole mientras él conducía el suyo hasta llegar al domicilio – situado a 14 kilómetros de distancia -, se plantea la sentencia si la realización de dicho trayecto se efectuó en situación de libertad, y ofrece dos perspectivas de estudio: si el acusado estaba detenido, aun conduciendo su propio turismo, habría que determinar si en ese momento era preciso proveerle de asistencia de abogado, y caso de ser así el consentimiento que prestó posteriormente para la práctica de la entrada y registro no habría sido suficiente para justificar dicha diligencia; y caso de no ser así, sería preciso concretar los motivos de la detención y el momento – si antes o después de la entrada de los agentes en su domicilio -, descartando aquí la Sala Segunda que pudiera tratarse de un delito flagrante tanto porque no se alegó como título habilitante para la injerencia domiciliaria como porque el supuesto enjuiciado no tiene encaje en ninguna formulación legal, doctrinal ni jurisprudencial de la idea de flagrancia, basada en la percepción de que el delito se está cometiendo, se va a acometer o se acaba de cometer, lo que conlleva la urgencia de la actuación policial – urgencia que por sí sola no constituye la flagrancia-. No hay, por tanto, en este caso comisión de un delito flagrante al no concurrir sus notas esenciales: inmediatez de la acción, inmediatez personal y necesidad urgente de la intervención policial[11].

[10] El Tribunal Superior de Justicia invoca aquí la "regla de exclusión" procedente de la jurisprudencia norteamericana relativa a la *plain view doctrine*, según la cual "los objetos que se hallan a simple vista de un agente de la autoridad que tiene derecho a encontrarse en el sitio desde el que obtiene su visión, quedan sujetos a incautación y son admisibles como prueba".

[11] Así las expone la sentencia, con cita de otras precedentes en la jurisprudencia: "(...) en primer lugar, la inmediatez de la acción que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes, es decir, la actualidad en la comisión del delito o su inmediatez temporal, lo que equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se ha considerado cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento posterior a su comisión; en segundo lugar, la inmediatez personal, que equivale a la presenciade un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo, de forma que aquélla puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo, en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, y si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia; y en tercer lugar, la necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida la policía a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

4.º Acerca del requerimiento efectuado por los agentes para que el acusado les acompañara a dependencias policiales o les llevara a su domicilio para ser correctamente identificado, la sentencia analiza esta situación desde la perspectiva del art. 16 de la Ley de Protección de la seguridad ciudadana, diferenciando entre la muy breve y casi efímera privación de libertad que se produce en supuestos como órdenes de alto, restricciones del tránsito, controles en vía pública, cacheos o comprobaciones de bienes o vehículos, etc., y la privación de libertad más intensa y prolongada propia del acompañamiento a los agentes a las dependencias policiales más próximas para practicar la identificación. Partiendo de que el acusado pudo incurrir en una infracción administrativa por posesión de sustancias estupefacientes cuando se le dio el alto en un control de posible actividad de venta de drogas al menudeo, su correcta identificación era necesaria al facilitar un domicilio no coincidente con el expresado en el DNI, lo que movió a los agentes a tener que completar dicho trámite sugiriéndole acompañamiento al cuartel o bien al domicilio, accediendo el acusado a lo segundo. Y aquí entiende la sentencia que el hecho de que el acusado optara por aquietarse a lo que se le requería no priva a la sugerencia de los agentes de carácter imperativo, por lo que desde ese momento pasó a encontrarse privado de libertad[12] y, consecuentemente, en situación de detenido, conforme a la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional que rechaza la existencia de categorías intermedias o cualquier clase de *tertium genus* entre la libertad y la detención[13], por lo que el requerimiento previsto en el art. 16 LOPSC es una legítima privación de libertad amparada por la Constitución siempre que consten el presupuesto legal – indicios de una comisión delictiva en la que hubiera podido participar el sujeto, siendo necesaria su identificación -, la exclusiva finalidad identificadora, su régimen de ejecución – en dependencias policiales próximas y dejando constancia de la diligencia en el correspondiente libro-registro – y el límite temporal, nunca superior a seis horas.

En el caso analizado considera la sentencia que concurría el referido presupuesto legal, pero no así el régimen de ejecución, por cuanto se habría respetado un criterio de proporcionalidad si las dependencias policiales más próximas estuvieran muy alejadas, o si el propio sujeto ofreciese a los agentes acompañarlos a su vivienda cercana para completar la identificación. Sin embargo, estas circunstancias no son tomadas en cuenta en las sentencias de instancia y apelación, que soslayan el dato de que el domicilio del acusado se hallaba a 14 kilómetros del lugar donde se le dio el alto en el control policial, así como que no se dejó constancia de la

[12] Sobre este particular la sentencia cita la STEDH de 18 de junio de 1971, caso De Wilde, Ooms y Versyp: "Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte".

[13] Cita al respecto la STC 98/1986, de 10 de julio, indicando que según la misma "entre la libertad y la detención de una persona no cabían zonas intermedias, ya que no era tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad – en las que, de cualquier modo, se impedía u obstaculizaba la autodeterminación de la conducta lícita -, quedaran sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución española".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

identificación en el libro-registro, por lo que ya desde el comienzo de la actuación policial el acusado estaba privado de libertad[14], pese a lo cual no tuvo asistencia letrada desde ese instante en que se le posicionó en situación de detención preventiva, de modo que la falta de letrado defensor en tales condiciones determinó que la prestación del consentimiento a la entrada y registro no fuese válida, al igual que el resultado de la diligencia practicada con vulneración de la inviolabilidad domiciliaria y del derecho de defensa, lo que conlleva la expulsión de aquél del cuadro probatorio a efectos del fallo, que no puede considerar enervada la presunción de inocencia al no poder sostenerse sobre una prueba de cargo válida.

5.º Aun así, el Tribunal Superior de Justicia consideró que la nulidad de la prueba no supondría la ausencia de prueba de cargo, puesto que los agentes pudieron ver desde la puerta, una vez abierta por el acusado, la droga y los demás efectos relacionados con ella, en el entendimiento de que entre dicha observación visual – que no fue controvertida - y el registro que la siguió no existe conexión causal al ser la primera anterior al segundo, lo que constituye al registro como mera corroboración de un hecho previamente comprobado, quedando así enervada la presunción de inocencia. La Sala Segunda no respalda en la sentencia esta interpretación del órgano *a quo*, por cuanto no aprecia relación causal entre la prueba válida consistente en la declaración testifical de los agentes en el acto del juicio – asegurando lo que vieron desde el exterior de la vivienda cuando el acusado les abrió la puerta – y la prueba posterior referida al resultado de la entrada y registro practicada con vulneración de derechos fundamentales, en el sentido de que lo observado por los funcionarios policiales – prueba testifical válida – no era suficiente para conocer la calidad y cantidad de la sustancia intervenida, ni su grado de pureza, sin tener en cuenta los datos ofrecidos al respecto por los efectos intervenidos procedentes de una entrada y registro nula, por lo que la Sala Segunda absuelve al acusado del delito que se le atribuía.

## IV. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

**1º.** La prestación el consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro domiciliario otorgado por la persona que convive con el investigado no entra en conflicto de intereses con éste a pesar

[14] Así lo explica la sentencia: "Y así lo advirtieron los propios agentes quienes, nuevamente según resulta del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, procedieron a informarle de que *tendrían que abrir diligencias por presunto delito contra la salud pública*, así como a solicitarle su consentimiento para la práctica de la entrada y registro en su vivienda. Así pues, desde este momento al menos, la detención del acusado, practicada en origen con la exclusiva finalidad de proceder a su identificación, pasó a convertirse materialmente en una detención preventiva en el marco de una investigación penal, sin necesidad para ello de que se produjera al respecto una declaración litúrgica, solo dependiente de la voluntad de los agentes, quienes prefirieron esperar para proclamarla formalmente a la práctica de la entrada y registro, eludiendo el *engorroso trámite* de esperar para ello, sin que ninguna objetiva urgencia lo justificara, a la presencia del letrado del detenido que pudiera validar el consentimiento de éste o, en caso de no haberlo prestado, al dictado, si procediera, del correspondiente mandamiento judicial".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de que la relación entre ambos no sea correcta ni adecuada, lo que también es aplicable en supuestos de relación afectiva. Dicho consentimiento es válido en tanto que lo presta quien también es morador de la vivienda y no un tercero ajeno al inmueble.

**2º.** El deber de información al morador por parte de los agentes actuantes acerca de los motivos de la entrada y registro no se considera incumplido por el hecho de que aquél pudiera no comprender dichas razones, siempre que conste una prestación libre y voluntaria del consentimiento a la diligencia – ordinariamente plasmado en la firma del acta policial – y sin que se pueda identificar ningún acto posterior de oposición.

**3º.** Cuando existe pluralidad de moradores no se precisa la autorización de todos ellos ni que todos se hallen presentes en la práctica de la entrada y registro. La confianza recíproca entre los convivientes habilita para que cualquiera de estos pueda tomar decisiones que afecten al domicilio común, pues todos son cotitulares, y deben asumirlas sin que ello suponga lesión para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, debiéndose diferenciar entre la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio - que se atribuye a cada uno de los moradores - y la titularidad para autorizar la entrada y registro, propia de cualquiera de los titulares de la vivienda.

**4º.** El "interesado" que menciona el art. 569, inciso primero LECr es la persona titular del derecho a la intimidad que va a resultar afectado por la entrada y registro, y para el caso de que hubiera varios moradores basta la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los demás. La presencia de dicho interesado es condición de validez de la diligencia, no siendo admisible la práctica de un registro domiciliario consentida por un investigado no morador.

**5º.** Si el interesado no estuviera presente, siendo posible su presencia, la entrada y registro sería nula, y cuando haya varios moradores, de los que uno o más estuvieran imputados, será suficiente la presencia de alguno de ellos para dar validez a la medida, siempre que no se evidencien conflictos de intereses entre sí.

**6º.** El consentimiento como factor legitimante de la entrada y registro implica una renuncia consciente y libre del derecho de exclusión domiciliaria frente al poder público, debiendo tratarse de un consentimiento al que no alcance duda alguna ni presión psicológica de la que proceda su otorgamiento, el cual puede ser incluso tácito a la luz del art. 551 LECr, si bien esta modalidad ha de ser interpretada restrictivamente.

**7º.** La inviolabilidad del domicilio está reconocida en el art. 12 de la Constitución, que prohíbe la práctica de la entrada y registro en el mismo sin el consentimiento de su titular o sin resolución judicial, salvo en caso de delito flagrante, y si dicho titular se encuentra detenido la prestación de su consentimiento requiere, para su validez, la presencia de su abogado, que tiene carácter preceptivo cuando no existe autorización

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

judicial, por lo que aflora la ineficacia total del consentimiento cuando, siendo preceptiva, ha faltado la asistencia de letrado, lo que inhabilita por invalidez el resultado de la diligencia practicada.

**8º.** La manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza.

**9º.** La entrada y registro debe ser considerada nula cuando se ha practicado merced al consentimiento otorgado por el detenido careciendo de asistencia letrada, extendiéndose dicha nulidad a las fuentes de prueba resultantes de la práctica de aquella diligencia.

**10º.** A los efectos de la validez de la entrada y registro en caso de delito flagrante, deben concurrir sus notas esenciales reconocidas en la ley, la jurisprudencia y la doctrina: inmediatez de la acción, inmediatez personal y necesidad urgente de la intervención policial.

**11º.** El hecho de que el investigado opte por aquietarse al requerimiento policial de identificación no priva de carácter imperativo a la sugerencia de los agentes para que aquél los acompañe a dependencias policiales o a su propio domicilio, por lo que desde ese momento pasa a encontrarse privado de libertad.

**12º.** El requerimiento previsto en el art. 16 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana es una legítima privación de libertad amparada por la Constitución siempre que consten el presupuesto legal –indicios de una comisión delictiva en la que hubiera podido participar el sujeto, siendo necesaria su identificación-, la exclusiva finalidad identificadora, su régimen de ejecución – en dependencias policiales próximas y dejando constancia de la diligencia en el correspondiente libro-registro – y el límite temporal, nunca superior a seis horas.

**13º.** No constando cumplidas, aunque sea parcialmente, las referidas exigencias legales, y careciendo el investigado de asistencia letrada desde el instante en que se le posicionó en situación de detención preventiva, esa falta de letrado defensor en tales condiciones determina que la prestación del consentimiento a la entrada y registro no sea válida, al igual que el resultado de la diligencia practicada con vulneración de la inviolabilidad domiciliaria y del derecho de defensa, lo que conlleva la expulsión de aquél del cuadro probatorio a efectos del fallo, que no puede considerar enervada la presunción de inocencia al no poder sostenerse sobre una prueba de cargo válida.

## V. BIBLIOGRAFÍA

STS, Sala Segunda, 401/2020, de 17 de julio.

STS, Sala Segunda, 6/2021, de 13 de enero.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 467/2026, DE 2 DE JULIO. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES

*M.ª Belén Crespo Cazorla*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Valladolid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Hechos enjuiciados. III. Sentencia y condena. IV. Motivos del recurso de casación. 1. Motivos del recurso. 2. Naturaleza y bien jurídico protegido del delito contra la integridad moral: doctrina científica sobre el concepto de trato degradante. 3. Colisión con la libertad de expresión: doctrina constitucional y del TEDH sobre humor y sátira. 4. Exigencias de gravedad, relación con la víctima y ausencia de dolo vejatorio. 5. La ponderación de derechos en conflicto: valoración doctrinal. 6. Fallo. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

**Resumen:** *El Tribunal Supremo, en su STS nº 467/2026, de 2 de julio, estima el recurso de casación interpuesto por el condenado en instancia y apelación por un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP, a raíz de una serie de comentarios publicados en su perfil de Twitter con motivo del fallecimiento de un menor de dos años tras caer en un pozo de prospección. La Sala Segunda absuelve al recurrente al entender que, aunque las expresiones vertidas denotan una evidente falta de sensibilidad, el sujeto pasivo de las mismas - el menor y sus padres - resultaba meramente tangencial al contenido crítico y satírico que el acusado pretendía dirigir hacia la cobertura mediática del suceso, de manera que no concurre el elemento relacional ni el dolo vejatorio que exige el tipo penal, debiendo prevalecer, en consecuencia, el derecho fundamental a la libertad de expresión.*

## I. INTRODUCCIÓN

Frente a la Sentencia nº 208/2023, de 18 de abril, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la Sentencia nº 1/2023, de 12 de enero, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la LECr, por la representación procesal de Nemesio (condenado en ambas instancias), siendo parte recurrida Don Marino y Doña Nuria, acusación particular, y el Ministerio Fiscal. El procedimiento trae causa de un procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid por delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal.

Ha sido ponente de la sentencia que aquí se comenta el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. HECHOS ENJUICIADOS

Según el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, aceptado en apelación y reproducido por el propio Tribunal Supremo, el día 13 de enero de 2019, un menor de dos años, Carlos Jesús, falleció en una localidad de Málaga tras caer en el interior de un pozo de prospección, suceso que generó una intensa cobertura mediática durante la operación de rescate desplegada y tras su trágico desenlace.

El acusado, Don Nemesio, conocedor del fatal desenlace y de la dramática situación vivida por los progenitores del menor, Don Marino y Doña Nuria, publicó en su perfil de la red social Twitter, los días 20, 22, 23, 24 y 26 de enero de 2019, una serie de comentarios que empleaban el nombre del menor fallecido en tono burlesco, ofensivo y degradante, vinculando el suceso a la cobertura informativa del mismo, a la actuación de los servicios de rescate y a diversas referencias humorísticas de mal gusto sobre la situación, culminando el día en que el cuerpo del menor fue rescatado sin vida con un comentario en el que se aludía sarcásticamente a un minuto de silencio.

La Sentencia de instancia consideró acreditado que dichas manifestaciones, dado su contenido literal y su carácter personalizado, al emplear el nombre del menor, incrementaron injustamente el dolor padecido por sus padres, vulnerando el respeto debido a la dignidad humana de las personas afectadas por una situación de esa naturaleza.

## III. SENTENCIA Y CONDENA

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid, en Sentencia nº 1/2023, de 12 de enero, CONDENÓ a Don Nemesio como autor penalmente responsable de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal, a la pena de dieciocho meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a indemnizar a Marino y a Nuria en la cantidad de 6.000 euros, con imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del condenado, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia nº 631/2022 (Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado nº 369/2023), desestimó el recurso y confirmó íntegramente la Sentencia recurrida, declarando de oficio las costas de la alzada.

Contra esta última resolución se preparó y formalizó el recurso de Casación por infracción de ley que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN. NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. COLISIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EXIGENCIAS DE GRAVEDAD Y REITERACIÓN. AUSENCIA DE DOLO VEJATORIO Y ESTIMACIÓN DEL RECURSO

### 1. Motivos del recurso de casación

La representación procesal de Don Nemesio articula el recurso de casación, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1º de la LECr, sobre cuatro motivos, que la propia Sala analiza de forma conjunta al girar todos ellos en torno a **la indebida aplicación del artículo 173.1 del Código Penal:**

1) Que los hechos probados no expresan que el acusado haya infligido trato degradante ni a Don Marino ni a Doña Nuria, en la medida en que las expresiones publicadas no se dirigían de manera personal a las víctimas.

2) Que los hechos enjuiciados no comportan inequívocamente un acto vejatorio, ni consta en el hecho probado el perjuicio efectivo padecido por las víctimas, denunciándose así infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo interpretativa del artículo 173.1 CP.

3) Que, con carácter subsidiario, no concurre el grave menoscabo de la integridad moral que el tipo penal exige, pues las expresiones y comentarios, aun de mal gusto, tenían un tono jocoso y la angustia de las víctimas derivaba de la propia pérdida del menor y no de las manifestaciones del acusado.

4) Que no concurre el dolo directo de ánimo vejatorio exigido por el tipo, toda vez que el recurrente no conocía personalmente a las víctimas y su propósito no era humillarlas, sino criticar el tratamiento informativo dispensado al suceso.

El recurrente sostiene, en definitiva, que la integridad moral es un concepto amplio que debe ponderarse con el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), y que el tipo penal del artículo 173.1 CP adolece de una imprecisión descriptiva que compromete el principio de taxatividad, cuestionando la colisión entre este derecho fundamental y las libertades de creación artística, satírica y crítica.

### 2. Naturaleza y bien jurídico protegido del delito contra la integridad moral: doctrina científica sobre el concepto de trato degradante

Recuerda el Tribunal Supremo, con cita de la Sentencia 28/2015, de 22 de enero, que el bien jurídico protegido por el artículo 173.1 CP se identifica con el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos, físicos o psíquicos, humillantes, vejatorios o envilecedores. La integridad moral se vincula así a las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona, reafirmando la idea de que el ser humano constituye

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

siempre un fin en sí mismo, sin que pueda ser cosificado; ello obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros que tienen una repercusión directa en la dignidad humana.

Este criterio jurisprudencial tiene su origen en una elaboración doctrinal previa y muy consolidada. Así, M.ª I. RODRÍGUEZ MESA define la integridad moral como el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio permite a la persona el libre desarrollo de su propia individualidad, de manera que su tutela exige la no intromisión en la esfera interna del sujeto y un trato acorde a su condición de persona que impida que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior[1].

Sobre el elemento nuclear del trato degradante, la doctrina mayoritaria coincide en situarlo en la producción de un sentimiento de humillación, envilecimiento o instrumentalización de la víctima: C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN pone el acento en la reducción de la persona a la condición de objeto, J. QUERALT JIMÉNEZ incide en la humillación que necesariamente ha de provocar el trato degradante, F. MUÑOZ CONDE subraya que la nota característica de esta figura radica en la provocación de sentimientos de humillación o envilecimiento y J. M.ª TAMARIT SUMALLA alude, en términos semejantes, a la humillación, el envilecimiento y la reducción del sujeto pasivo a la mera condición de cosa[2].

M. GARCÍA ARÁN ha destacado, por su parte, que el artículo 173.1 CP opera como una suerte de cláusula de cierre del sistema de protección de la dignidad de la persona frente a comportamientos gravemente atentatorios que no encuentran acomodo específico en otros tipos penales, lo que explica su naturaleza residual y la consiguiente necesidad de una interpretación restrictiva que evite la desnaturalización del precepto; en el mismo sentido se pronuncia J. L. GONZÁLEZ CUSSAC al analizar los delitos de tortura y otros tratos degradantes contra la integridad moral[3].

Sobre esta base doctrinal, la jurisprudencia menor y la propia Sala Segunda han ido perfilando dos exigencias adicionales de la tipicidad, ambas presentes en el razonamiento de la sentencia comentada, de un lado, la gravedad del menoscabo, como elemento que permite superar el déficit de taxatividad de la norma penal y de otro, la concepción del ataque como una agresión con un destinatario concreto, dirigida a despersonalizar y

1 RODRÍGUEZ MESA, M.ª I., Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Comares, Granada, 2000.

2 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal", en La Ley, 1996; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Atelier, Barcelona; MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia; TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentarios al Código Penal, Aranzadi, Cizur Menor.

3 GARCÍA ARÁN, M., "La protección penal de la integridad moral", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)", en Estudios de Derecho Judicial, CGPJ.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cosificar gravemente a la víctima. Añade el Tribunal que la exigencia de trato degradante requiere, normalmente, una cierta permanencia o, al menos, repetición del comportamiento, sin perjuicio de que un acto único y puntual pueda ser también constitutivo del delito cuando revista, por sí solo, la intensidad lesiva suficiente para la dignidad humana.

### 3. Colisión con la libertad de expresión. Doctrina constitucional y del TEDH sobre humor y sátira

El núcleo del razonamiento de la Sala se articula en torno a la necesaria ponderación entre el artículo 173.1 CP y el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20.1 a) de la Constitución. La sentencia invoca, en este sentido, la STC 117/2025, de 13 de mayo, que otorgó el amparo a un condenado por la jurisdicción penal que había elaborado, con pretendida comicidad y contenido sarcástico, un itinerario ficticio a modo de recorrido turístico por los lugares en los que se desarrollaron los hechos conocidos como "la violación de La Manada". El Tribunal Constitucional, pese a reconocer la gravedad de los hechos originarios y la escasa empatía manifestada hacia la víctima, consideró que las resoluciones condenatorias no habían abordado el enjuiciamiento desde la perspectiva objetiva de su relación con la libertad de expresión y la libertad creativa.

La Sala recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los pilares de una sociedad libre y democrática y debe gozar de un cauce lo suficientemente amplio como para desenvolverse sin temor, comprendiendo la libertad de crítica aun cuando ésta resulte desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a su destinatario, conforme exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura propios de toda sociedad democrática. Se trae a colación asimismo la STC 35/2020, de 25 de febrero, conforme a la cual las limitaciones al ius puniendi, cuando la conducta enjuiciada compromete la libertad de expresión, han de interpretarse de modo que este derecho fundamental no resulte desnaturalizado, evitando que el Derecho penal se convierta en un factor de disuasión de su ejercicio y la STS 488/2022, de 19 de mayo, que impone valorar en cada caso no solo si las frases pudieran considerarse lesivas, sino también si resultaban idóneas para lesionar el bien jurídico personalísimo protegido.

Para dicha ponderación la Sala recurre a los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Alekhina y otros c. Rusia, de 17 de julio de 2018 y Savvia Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018, entre otras), el contexto en que se vierte la expresión, las circunstancias personales de quien la emite, la naturaleza y fuerza del lenguaje empleado, la reiteración del contenido lesivo, el medio utilizado para su difusión y las condiciones de dicha difusión.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta doctrina se inserta en una línea jurisprudencial mucho más amplia sobre los géneros humorístico y satírico como manifestación cualificada de la libertad de expresión y de creación artística. Ya la STC 107/1988, de 8 de junio, había declarado que la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que se incluyen también los juicios de valor y la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), insistió en la protección reforzada de dicha libertad frente a expresiones que, aun resultando molestas o hirientes, se insertan en el debate público[4].

Específicamente en materia de humor gráfico y sátira, la jurisprudencia del orden civil ha reconocido una mayor permisividad derivada de la propia naturaleza del género, la ridiculización del personaje, el tono jocoso o burlón, la brevedad y rotundidad del mensaje, si bien ha precisado, con apoyo en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, que dicho género no queda por ello al margen de los derechos de la personalidad, de manera que existirá intromisión ilegítima cuando el denominado *animus iocandi* se emplee precisamente como instrumento del escarnio hacia la persona afectada[5].

En el plano convencional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reiterado, desde su temprana Sentencia Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, que la libertad de expresión ampara no solo las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas, sino también aquellas que ofenden, chocan o inquietan, doctrina que, aplicada específicamente a la sátira, se reitera en la STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 de enero de 2007, al calificarla como una forma de expresión artística y de comentario social que, por su propia naturaleza exagerada y deformante de la realidad, busca provocar y agitar, razón por la cual cualquier injerencia en el derecho a expresarse por este medio ha de examinarse con especial cautela[6].

Esta misma orientación ha sido asumida recientemente por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia 1426/2024, de 29 de octubre, relativa a un hilo de mensajes de tono satírico publicado en una red social, en la que se subraya que el discurso satírico, en la medida en que no persigue el escarnio gratuito de una persona concreta sino la crítica o la provocación intelectual, «pica sin odio» y debe gozar de una protección reforzada como exigencia del espíritu de apertura propio de las sociedades democráticas[7].

---

[4] STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6.

[5] STC 176/1995, de 11 de diciembre. Vid. asimismo art. 8.2 b) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que exige que la utilización de la caricatura se adecue al uso social.

[6] STEDH Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, § 49; STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 de enero de 2007, § 33.

[7] STS (Sala Primera) 1426/2024, de 29 de octubre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 4. Exigencias de gravedad, relación con la víctima y ausencia de dolo vejatorio

Aplicando estos criterios al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye que el acusado realizó, sin duda, un ataque objetivamente vejatorio para la dignidad de unos padres sufrientes, ahora bien, entiende que la figura del menor fallecido y de sus progenitores resultaba meramente tangencial respecto del contenido que el recurrente pretendía difundir, dirigido, según sostiene la propia Sala, a ridiculizar la cobertura mediática del suceso y no a agredir directamente a las víctimas, a quienes el acusado no conocía ni llegó a representarse la lesión que sus palabras pudieran producirles.

De ello extrae la Sala una consecuencia dogmática relevante, si no existe un destinatario relacional de la afrenta publicada, esto es, si el sujeto pasivo resulta accesorio o instrumental al mensaje que el autor pretende transmitir, no puede afirmarse la existencia de un ataque a la integridad moral en el sentido exigido por el tipo penal, debiendo la conducta enmarcarse, en consecuencia, dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión. La tipicidad del artículo 173.1 CP exige así una acción dirigida a infringir un menoscabo grave a la integridad moral, que ha de ser, normalmente, reiterada y ha de establecerse en un marco de interrelación directa entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, de manera análoga a como el artículo 510 CP exige que la acción se dirija contra colectivos vulnerables con entidad suficiente para comprometer las normas de convivencia social.

Por último, la Sala apunta que la antijuridicidad que sin duda rodea el hecho probado puede ser objeto de reparación por la vía de la responsabilidad civil derivada de la legislación de protección al honor y a la propia imagen, distinguiendo aquellos actos que, siendo atentatorios a la integridad moral, no alcanzan la especial gravedad y la actitud relacional entre autor y víctima que permitiría su consideración como delito del artículo 173 del Código Penal.

## 5. La ponderación de derechos en conflicto: valoración doctrinal

La solución alcanzada por la Sala Segunda puede valorarse críticamente desde una doble perspectiva doctrinal. De una parte, resulta coherente con la construcción dogmática del delito contra la integridad moral, como un tipo penal de carácter relacional, que, según la caracterización antes expuesta de RODRÍGUEZ MESA, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, QUERALT JIMÉNEZ o TAMARIT SUMALLA, exige que el sujeto activo dirija su acción de forma consciente y directa contra la dignidad de una persona concreta, cosificándola o rebajándola a la condición de objeto. Cuando, como en el caso enjuiciado, la persona ofendida es tan solo el soporte incidental de un discurso dirigido a otro objeto, la crítica a la cobertura mediática, decae la nota de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

intencionalidad vejatoria que la propia jurisprudencia (STS 294/2003, de 16 de abril) exige como elemento del tipo.

De otra parte, la sentencia se inscribe con naturalidad en la línea jurisprudencial, constitucional y convencional expuesta sobre la protección reforzada del discurso satírico, que, como recuerdan la doctrina del TEDH en el asunto Vereinigung Bildender Künstler c. Austria y la reciente STS (Sala 1ª) 1426/2024, ampara manifestaciones deliberadamente exageradas, deformantes o de mal gusto, en la medida en que no persigan el escarnio gratuito de una persona identificada sino la provocación intelectual o la crítica social.

No puede obviarse, sin embargo, que esta solución deja sin una respuesta penal plenamente satisfactoria situaciones de indudable gravedad humana, en las que el empleo reiterado y personalizado del nombre de un menor fallecido, aun con una finalidad crítica hacia terceros, resulta susceptible de causar un sufrimiento añadido y evitable a las víctimas indirectas del suceso. La propia Sala es consciente de ello cuando reconoce la antijuridicidad que rodea el hecho probado y remite su eventual reparación a la vía de la responsabilidad civil por intromisión en el honor y la propia imagen (Ley Orgánica 1/1982), evidenciando que la frontera entre el ilícito civil y el penal en esta materia continúa exigiendo, caso por caso, una ponderación extraordinariamente exigente de los criterios de gravedad, reiteración y relación directa entre autor y víctima.

### 6. Fallo

En consecuencia, el Tribunal Supremo **ESTIMA** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Nemesio, casa y anula la sentencia recurrida y dicta segunda Sentencia por la que **ABSUELVE** al acusado del delito contra la integridad moral del que venía siendo condenado, declarando de oficio las costas procesales y sin declaración de responsabilidad civil derivada de delito.

## V. CONCLUSIONES

El análisis de la STS 467/2026, de 2 de julio, aquí examinada, trae causa de la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado en apelación la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid por un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, con ocasión de una serie de comentarios publicados en redes sociales relativos al fallecimiento de un menor.

La Sala Segunda estima el recurso al considerar que, si bien las expresiones proferidas por el acusado adolecen de una evidente falta de sensibilidad hacia el dolor de los padres del menor fallecido, el sujeto pasivo del delito, el menor y su familia, resultaba meramente tangencial al contenido crítico o satírico que el recurrente pretendía dirigir hacia el tratamiento mediático del suceso, faltando así el elemento relacional directo entre autor y víctima que la tipicidad del artículo 173.1 CP exige.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La sentencia reafirma, con apoyo en la doctrina constitucional sentada en la STC 117/2025 sobre el denominado "Tour de La Manada", que la libertad de expresión ampara incluso manifestaciones desabridas, sarcásticas o de mal gusto, siempre que no tengan como destinatario directo y relacional a la persona ofendida, correspondiendo al Derecho penal actuar únicamente frente a ataques graves, reiterados y dirigidos de forma inequívoca contra un sujeto pasivo concreto.

Se pone así de manifiesto la tensión, cada vez más frecuente en la práctica judicial, entre la protección penal de la integridad moral y de la dignidad de las víctimas de sucesos trágicos ampliamente mediatizados, y el amplio margen que la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a la libertad de expresión y de crítica, incluso cuando ésta se ejerce en redes sociales mediante un lenguaje hiriente o de dudoso gusto.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución española: su tutela penal", en La Ley, 1996.

GARCÍA ARÁN, M., "La protección penal de la integridad moral", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Delitos de tortura y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)", en Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia (ed. actualizada).

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Atelier, Barcelona (ed. actualizada).

RODRÍGUEZ MESA, M.ª I., Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Comares, Granada, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J. M.ª, Comentarios al Código Penal, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor (ed. actualizada).

STC 117/2025, de 13 de mayo (caso "Tour de La Manada").

STC 107/1988, de 8 de junio (caso Injurias al Ejército).

STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman).

STC 176/1995, de 11 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

STC 35/2020, de 25 de febrero.

STS 467/2026, Sala Segunda, de 2 de julio (objeto del presente comentario).

STS 488/2022, Sala Segunda, de 19 de mayo.

STS 28/2015, Sala Segunda, de 22 de enero.

STS (Sala Primera) 1426/2024, de 29 de octubre.

SSTEDH Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

SSTEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 de enero de 2007.

SSTEDH Alekhina y otros c. Rusia, de 17 de julio de 2018.

SSTEDH Savvia Terentyev c. Rusia, de 28 de agosto de 2018.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículos 173.1 y 510.

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.

Constitución Española, artículo 20.1 a).

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# *NON BIS IN IDEM* Y DOBLE ALEVOSÍA EN ASESINATO DE PERSONAS DESVALIDAS. A VUELTAS SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL Nº 516/2026 DE 21 DE JULIO DE 2026, PONENTE D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

*Consuelo Domingo Muñoz*

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

**SUMARIO:** *I. Planteamiento. II. Asesinato hiperagravado. III. Iter procesal. IV. Recurso de Apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. V. Los recursos de Casación. 1. Recurso de Edurne. 2. Recurso del Ministerio Fiscal. 3. Resultado de los recursos. VI. La Sentencia del Tribunal Supremo. VII. Conclusiones. VIII. Jurisprudencia*

## I. PLANTEAMIENTO

La relación entre el principio *non bis in idem* y la llamada "doble alevosía" o la doble valoración de la vulnerabilidad de la víctima en el derecho penal ha sido una cuestión muy debatida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en la práctica, surgen problemas de la aplicación del tipo hiperagravado de asesinato cuando la circunstancia que se ha previsto para calificar el asesinato es la alevosía.

El Tribunal Supremo ya desde la Sentencia de Pleno nº 585/2022, de 14 de junio y otras posteriores, determina que ambos artículos responden a fundamentos distintos pues la alevosía del art. 139 CP atiende al *modus operandi* (indefensión), mientras que el art. 140.1.1ª CP responde a una decisión de política criminal de proteger a los colectivos más vulnerables, por lo que es admisible calificar el delito como asesinato por uso de alevosía y, a la vez, imponer la pena de prisión permanente revisable, avala la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad o persona con discapacidad o vulnerable por la avanzada edad y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP.

De nuevo, en esta reciente sentencia dictada al resolver los recursos de casación acumulados contra una Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León que condenó a Edurne por un delito de asesinato, sienta que no se trata de un supuesto de "doble alevosía" ni se vulnera el principio *non bis in idem.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. ASESINATO HIPERAGRAVADO

Este tipo se refiere a los supuestos de asesinato más graves contemplados en el Código Penal y que se castigan con la pena de prisión permanente revisable, que se introdujo con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Para aplicar este tipo penal, hay que partir de las circunstancias del art. 139 CP, es decir, el homicidio agravado por la concurrencia de alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa o para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. En el caso de concurrir más de una de estas circunstancias se impondrá la pena en su mitad superior.

El tipo hiperagravado se contiene en el artículo 140 del Código Penal, que señala:

*1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*

*2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*

*3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.*

*2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.*

## III. ITER PROCESAL

El Juzgado de Instrucción nº 1 de León inició Procedimiento de Jurado nº 2/2023 contra Edurne por un delito de asesinato y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León constituido en jurado.

Celebrado el juicio, el Magistrado Presidente dictó sentencia el 27 de mayo de 2025 que recoge en sus hechos probados: Que el 17 de agosto de 2022, Edurne, auxiliar en una Residencia de Mayores de León, desempeñaba el turno de tarde cuando sobre las 19:25 horas, trasladó a su habitación a la residente Esperanza, de 98 años con demencia avanzada y dependencia total; media hora después, mientras la atendía para acostarla, la acusada agredió a la anciana dándole varios golpes en la cabeza y zarandeándola. Los gritos de la víctima alertaron a otra auxiliar, lo que motivó la intervención de la dirección del centro y de la Policía Nacional. Esperanza fue atendida por el personal sanitario debido a lesiones leves que curaron en cinco días. Por este

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

incidente, la Directora de la residencia ordenó a Edurne que se marchara a su casa pero ésta antes de retirarse, accedió al cuarto de enfermería y sustrajo del carro de curas un bolígrafo de insulina de otra residente, Estrella, y regresó a la habitación de Esperanza y, con el propósito de causarle la muerte, le inyectó la insulina con varios pinchazos en el muslo, marchándose del centro llevándose el envase y siendo consciente de que la víctima, por su extrema vulnerabilidad, no podía defenderse. A la mañana siguiente, Esperanza fue hallada inconsciente y trasladada de urgencia al Hospital de León, donde ingresó en coma por una intoxicación por insulina, falleciendo el 4 de septiembre de 2022 a consecuencia de una encefalopatía metabólica severa. La fallecida no tenía hijos, pero sí sobrinos directos, de entre los cuales Rosario reclama judicialmente.

La sentencia condena a Edurne como autora de un delito de asesinato alevoso consumado, sin circunstancias, a veinte años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y como autora de un delito leve de lesiones a dos meses de multa con una cuota diaria de 6 euros día, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. En concepto de responsabilidad civil, se establece una indemnización de 5.000 euros para cada uno de los diez sobrinos de la víctima y 175 euros a sus herederos, con imposición de las costas procesales y decomiso de los efectos intervenidos.

## IV. RECURSO DE APELACIÓN ANTE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

Interpuestos recursos por el Ministerio Fiscal y la representación de la acusada Edurne, se dicta sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 10 de noviembre de 2025, que fue aclarada por auto de 19 de noviembre de 2025 respecto a las costas, y que estima en parte el recurso planteado por la defensa de Edurne respecto a la indemnización por el daño moral, acuerda condenar a Edurne a indemnizar a Rosario en la suma de 5.000 €, y en la suma de 175 € por las lesiones causadas a quien resulten ser sus herederos, con el interés legal establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## V. LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Por la condenada y por el Ministerio Fiscal se interponen ante el Tribunal Supremo sendos recursos de casación.

### 1. El recurso de Edurne

Se articula en cuatro motivos diferenciados.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Motivo primero**

Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECr por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y al principio *in dubio pro reo*, al quejarse de que no habría prueba suficiente para atribuirle la autoría de los hechos.

Pero el TS concluye que la convicción de culpabilidad se construye sobre una prueba indiciaria plural y sólida, y la prueba indiciaria o indirecta no goza necesariamente de menor valor o fuerza que la prueba directa no encierra una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia, como ha declarado reiteradamente el TC.[1]

La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia siempre que se cumplan unos requisitos[2]:

a) El hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados;

b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base;

c) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso tanto que el órgano judicial exponga los indicios como que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia;

d) Este razonamiento ha de venir avalado por las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

En cuanto al delito de lesiones, se indica que el indicio está avalado por la prueba clara de las lesiones objetivadas en la agredida y las manifestaciones de las dos testigos que oyeron decir a la víctima frases bien expresivas (no me pegues no me pegues y un señalamiento directo).

Las objeciones basadas en el parte médico inmediato y otras pruebas pueden ser explicadas por una superficialidad en el examen y la realidad de que no eran lesiones llamativas o detectables para otras personas en una visualización no detallada o que no dejasen inicialmente señales pero el Jurado ha valorado de manera razonada conforme a las reglas de la lógica y las pruebas practicadas en el plenario, sin apreciarse arbitrariedad o irracionalidad, así, las declaraciones de las dos auxiliares de turno: Lucía que entró en la habitación al oír los gritos: «no me pegues, no me pegues» y Lidia que entró en la habitación y le preguntó a Esperanza que volvió a dar las mismas explicaciones «me pegó en la cabeza» y se señaló nuevamente la cabeza; así como el informe médico forense en que se señalaba que «los hallazgos objetivos a la exploración muestran

[1] STC 133/2014, de 22 de julio, STC 146/2014, de 22 de septiembre.
[2] SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

una erosión angular en región temporal derecha, compatible con la agresión mediada por fuerza corporal, tanto por la región corporal en que se sitúa como por la data que presenta, y una ligera equimosis en el párpado superior izquierdo compatible con los hechos que habrían motivado la agresión».

Frente a ello insiste la recurrente en que el estado médico de la anciana podía provocar expresiones incoherentes, serían conjeturas subjetivas sin respaldo probatorio, pues el Jurado considera que Esperanza profirió tales expresiones y no se duda de la actuación del médico forense, el Dr. Abelardo, ni del momento en el que examinó a la víctima, el día 18 de agosto a las 19:00 horas, afirmándose que algunos golpes no suelen dejar marca y que no se podía asegurar que no la hubieran pegado de forma leve, además, consideró el Jurado relevante el testimonio de las auxiliares que escucharon que la víctima dijo «no me pegues» y que la anciana les dijo que le había pegado una morena alta, lo que refuerza la credibilidad del informe pericial.

Se indica en el recurso que en la condena por el delito de asesinato tampoco existirían indicios concluyentes, señalando el TS que no pueden ser revisadas en casación las testificales valoradas, y dado que la acusada era la encargada de acostar a la víctima y que alguien presente en el centro, en ese lapso de tiempo, le inyectó insulina que tuvo que coger de una habitación cercana a la que solo tenía acceso personal del centro; y ese día ocurre el incidente por el que es despedida, existirían bastantes indicios de su responsabilidad.

El TS precisa el alcance de la revisión casacional, limitada al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba[3] , la casación actúa, como una tercera instancia de revisión muy limitada que si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizado no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla al Tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior[4].

Por último, se sugiere contaminación del jurado por la presión mediática y ambiental, pero se indica que frente a la imparcialidad que se presume del Jurado por el legislador, la nulidad de un veredicto por tales cuestiones exige algo más que un genérico reproche sin datos concretos. Se desestima.

[3] STS, 17/2026, de 15 de enero.
[4] SSTC 183/2013, 80/2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Motivo segundo**

Se articula ex art. 849.2 LECr, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El soporte documental exigido por el art. 849.2º es un parte de lesiones extendido por la médico que atendió a la víctima el día de la agresión que funda la condena por lesiones y donde no se aprecia lesión reciente, y que acredita de manera indubitada la existencia de pruebas que ofrecen dudas razonables sobre el sustento de la condena.

Señala el TS que la operatividad del art. 849.2º LECr en el ámbito del proceso por jurado ha sido reconocida por la jurisprudencia y el tema ya fue resuelto por un Acuerdo no jurisdiccional de Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo[5] que aclaró el alcance del recurso de casación por error en la apreciación de la prueba basado en documentos (artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en aquellos procedimientos tramitados bajo la Ley del Jurado y delimitó la capacidad de la Sala de lo Penal para revisar el objeto del veredicto y la valoración probatoria realizada por el tribunal popular, garantizando que el cauce casacional respete la naturaleza del juicio por jurado, pero permitiendo la corrección de errores materiales inequívocos que resulten de documentos literales aportados a la causa, no faculta para comparar elementos probatorios divergentes, solo permite corregir la contradicción entre un documento del que se extraigan conclusiones irrebatibles y no desmentidas por ningún otro medio probatorio y lo que refleja el hecho probado.

Aquí se pretende introducir en el hecho probado que no se produjeron lesiones y la contradicción con otros elementos de prueba como el informe forense del día siguiente, y algunas testificales, pues se dice que el informe acredita de manera indubitada la existencia de pruebas que ofrecen dudas razonables sobre el sustento de la condena, el TS desestima el motivo al considerar que el art. 849.2º LECr solo habilita para acreditar evidencias y no para generar dudas y exige que no existan elementos probatorios contradictorios.

**Motivo tercero**

Por quebrantamiento de forma, del art. 851.1 de la LECr, por contradicción en el hecho probado.

Se desestima el motivo pues afirma el TS que en realidad la contradicción a que alude el art. 851.1 de la LECr es la inmanente al "factum", por lo que solo cuando en el relato conviven afirmaciones incompatibles entre sí se incurre en el vicio del art. 851.1º. lo que no sucede eso aquí.

[5] Acuerdo de Pleno de 22 de julio de 2008.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Además, señala que de estimarse, en un procedimiento de jurado, se deberían retrotraer las actuaciones al momento anterior al juicio al haber quedado el jurado disuelto y contrapone la recurrente dos estimaciones pero sólo una se da oficialmente como acreditada en el hecho probado y la otra la extrae de la motivación del veredicto, respecto a la afirmación de la demencia avanzada de la víctima dado que en el hecho quinto del veredicto, el jurado habla de un deterioro cognitivo leve, al referirse una testigo a las expresiones de la víctima "no me pegues; no me pegues" y a su valor acreditativo.

El TS considera que no es una contradicción en el sentido exigido por el art. 851.1 LECr ni que el hecho probado refleje dos realidades incompatibles y excluyentes, refiriéndose la segunda a que la víctima conservaba capacidad para verbalizar su reacción ante una agresión.

**Motivo cuarto**

Por infracción de ley, art. 849.1 LECr, por aplicación indebida del art. 147.2 CP, reclama la conversión de la condena por lesiones en una condena por maltrato del art. 147.3 CP.

Se desestima por el TS al apreciar que los argumentos de la recurrente no respetan el hecho probado, art. 884.3º LECr. Se niega que concurra prueba suficiente de la causación de unas lesiones, pero el asunto ya fue abordado en sede de presunción de inocencia, al fracasar aquel no tiene recorrido y no puede prosperar este motivo.

**2. El recurso del Ministerio Fiscal**

Al amparo del art. 849.1 LECr, por indebida inaplicación del art. 140.1.1ª CP, en relación con el art. 139.1.1ª del mismo texto, postula una recalificación de los hechos con aplicación del art. 140.1.1ª CP, dada la situación de vulnerabilidad de la víctima y la aplicación de la pena de prisión permanente revisable.

El Tribunal Superior de Justicia refrendó la decisión de la Magistrado Presidente, la hiperagravación no sería aplicable por falta de proporcionalidad y la prohibición del *non bis in idem* pues supondría tomar en consideración doblemente las condiciones de la víctima, una para apreciar la alevosía y convertir el homicidio en asesinato; y, otra para aplicar el tipo superagravado del art. 140.1.1ª CP.

El TS acoge el recurso del Fiscal, dado que ya se pronunció en tal sentido sentencia de Pleno[6], remitiéndonos a las razones que llevaron a la Sala Segunda a esa solución pues la jurisprudencia necesita, estabilidad, que no significa inmutabilidad, resultando que el criterio ha sido asumido y reiterado en otras muchas sentencias[7].

[6] STS 585/2022, de 14 de junio.
[7] SSTS 36/2023, de 26 de enero, 82/2024, de 25 de enero, 627/2024, de 8 de julio, 782/2024, de 19 de septiembre o

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Se denunciaba entonces, como ahora, infracción del art. 139 en relación con el 140.1 CP, por inaplicación de este último. La circunstancia prevista el 140.1.1 CP, se limita, -se argumentó- a una forma de aplicación de la pena. Los arts. 138 y 139 CP conforman la tipicidad. Por su parte, el 140.1.1 establece una forma de punición, que obedece a criterios de política criminal. No padece el principio *non bis in idem* apreciando la alevosía y tomando en cuenta, a continuación, la situación de vulnerabilidad.

Si la esencia de la alevosía es una conducta agresora objetivamente, orientada al aseguramiento de la ejecución, que elimina la defensa, y correlativamente diluye eventuales riesgos para el actor por el agredido, e inyectar insulina en esas dosis a una anciana con sus facultades mentales deterioradas y rendida a los cuidados de los empleados de la residencia en que estaba ingresada es una acción alevosa.

La doctrina de la Sala avala la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad o persona con discapacidad o vulnerable por la avanzada edad y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP.

El TS refiere que sobre esa compatibilidad habría dos posiciones distintas en la doctrina del Tribunal:

Una primera posición,[8] proclama que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontramos ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1.ª), lo que impedirá además apreciar el asesinato agravado del art. 140.1.1.ª pues las condiciones de la víctima ya habrían sido tomadas en consideración para calificar el hecho como asesinato y, de apreciarse de nuevo, se produciría una violación del principio *non bis in idem*, la muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad ( art. 8. reglas 1 y 4 CP).

En la citada sentencia nº 716/2018, de 16 de enero de 2019 tras un estudio de la prisión permanente revisable, se indicaba que: *en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio non bis in idem.*

676/2025, de 11 de julio.

[8] STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018, 716/2018, de 16 de enero de 2019.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Una segunda línea jurisprudencial[9], por la que el TS se decanta en la actualidad, compatibiliza la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, ya que la agravación de la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*) que impida la calificación en el art. 140.1. 1.º del Código Penal, destacando el distinto fundamento de la alevosía, para cualificar el delito de asesinato, y la mayor protección que la ley concede a los menores, al establecer la hiperagravación correspondiente a la prisión permanente revisable por decisión del legislador de política criminal, en tres clases de supuestos: 1º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma.

El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial del Código Penal fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales -vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal- siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador. Además, se ha buscado una finalidad de prevención especial positiva, como decía el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal, que justificaba la revisión de las penas en que la "necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas".

La regla de punición especial ha sido declarada constitucional[10] al establecer que cuando en un delito de asesinato concurra alguna de las circunstancias detalladas en el art. 140.1 CP corresponderá la imposición de

[9] SSTS 367/2019, de 18 de julio, 701/2020, de 16 de diciembre, 814/2020, de 5 de mayo 367/2021, de 30 de abril, 704/2021, de 19 de septiembre y 719/2021, de 23 de septiembre, STS 676/2025, de 11 de julio.
[10] STC de 6 de octubre de 2021, Número Recurso: 3866/2015.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

la pena de prisión permanente revisable, sin que ello implique infracción del *non bis in idem*, ya que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato.

En este caso se pueden identificar en la conducta de Edurne dos factores de agravación distinguibles, para la alevosía es inimaginable para la víctima el ataque mediante la inyección intravenosa, supuestamente terapéutica o prescrita sanitariamente, por parte del personal y además si la víctima es especialmente vulnerable por su edad y estado psíquico, hay un factor añadido que incrementa la gravedad de la conducta.

### 3. Resultado de los recursos

Al sentar la constitucionalidad en abstracto de la pena y el criterio jurisprudencial que defiende que la tesis de que alevosía y agravación del art. 140.1.1ª son preceptos compatibles, el TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 10 de noviembre de 2025, que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León (Sección Tercera) que condenó a Edurne por delito de asesinato. Por estimación del único motivo de su recurso y en su virtud casa y anula la Sentencia dictada por la Audiencia con declaración de las costas del recurso de oficio.

Desestima el recurso de casación interpuesto por Edurne contra Sentencia y condenándole al pago de las costas ocasionadas en el recurso, declarándose de oficio las costas del recurso del Fiscal ( art. 901 LECr).

## VI. LA NUEVA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal el 21 de julio de 2026 dicta nueva sentencia al incardinar los hechos como constitutivos de un delito de asesinato agravado de los arts. 139.1.1ª y 140.1.1ª CP a los que corresponde la pena de prisión permanente revisable, así, condena a Edurne por el delito de asesinato agravado a la pena de prisión permanente revisable con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, mantiene los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia con las variaciones introducidas en la sentencia de apelación en cuanto sean compatibles con éste y en especial lo relativo a las indemnizaciones fijadas según corrección de la sentencia de apelación; la condena por delito de lesiones y las costas.

## VII. CONCLUSIONES

Desde un punto de vista estrictamente jurídico-penal, el supuesto planteado aborda un tema muy debatido como es el de los límites del principio *non bis in idem o* la prohibición de castigar dos veces el mismo hecho, frente a la prisión permanente revisable introducida en el Código Penal por la reforma del año 2015, en el art. 140.1.1ª CP.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En el supuesto analizado, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, reiterando la Sentencia de Pleno 585/2022 dictamina que no se vulnera el principio *non bis in idem* al calificar un delito como asesinato por alevosía y, a la vez, imponer la pena de prisión permanente revisable por vulnerabilidad de la víctima pues ambos conceptos responden a fundamentos jurídicos y de política criminal distintos, a saber, la alevosía del Art. 139 CP se centra en el *modus operandi* del autor (aprovechamiento de la indefensión de la víctima) y el asesinato hiperagravado del Art. 140.1.1ª CP responde a la protección de colectivos vulnerables como menores, personas con discapacidad o ancianos de avanzada edad.

En el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo la defensa de la condenada Edurne alegó vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba directa de la autoría pero el TS desestima el motivo y ratifica que la prueba indiciaria es plenamente válida para sustentar una condena si existen hechos base (indicios) plenamente probados; hay una deducción lógica del delito a partir de dichos indicios; una explicación explícita del engarce lógico en la sentencia y el razonamiento está avalado por las reglas de la experiencia común. En este caso, la prueba indiciaria es calificada de "plural y sólida", respaldada por testigos directos de la agresión previa y las manifestaciones de la propia víctima.

El Tribunal Supremo convalida la valoración del Jurado sobre el delito de lesiones pues, aunque el primer parte médico no reflejó daños evidentes por la superficialidad del examen, la condena se sostiene sobre prueba testifical de las dos auxiliares que oyeron a la víctima gritar *"no me pegues"* y la anciana identificó a su agresora (*una morena alta*), el informe forense que confirmó una erosión temporal y equimosis compatibles con los golpes.

El TS recuerda que la casación no es una tercera instancia para revalorar pruebas, sino para controlar la racionalidad y motivación de la sentencia dictada en apelación.

Se descarta también cualquier indefensión por la presión mediática al no aportar la defensa datos concretos de dicha alegación.

La defensa invocó un parte médico inicial que no apreciaba lesiones para sembrar una duda razonable pero el TS lo desestima aplicando el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª sobre el Tribunal del Jurado que solo sirve para corregir errores materiales inequívocos mediante documentos literosuficientes, pero no para contraponer pruebas divergentes o generar dudas y se alegó contradicción porque el veredicto habla de *deterioro cognitivo leve* de la víctima al valorar los testimonios, mientras que el hecho probado declara *demencia avanzada* concluyendo el TS que no hay incompatibilidad pues el hecho probado refleja su diagnóstico clínico y el veredicto constata que la víctima aún conservaba capacidad física para verbalizar y reaccionar a la agresión.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación solicitando aplicar el tipo hiperagravado (Art. 140.1.1ª CP) para imponer la prisión permanente revisable a Edurne, lo que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia había rechazado al considerar que aplicar la vulnerabilidad de la víctima para apreciar la alevosía y, a su vez, para hiperagravar el delito vulneraba el principio *non bis in idem*.

El Tribunal Supremo acoge el recurso del Fiscal y modifica la sentencia basándose en la jurisprudencia consolidada de su Pleno, dictaminando que ambas circunstancias son plenamente compatibles y ello tras analizar la evolución Jurisprudencial sobre la vulnerabilidad analiza las dos corrientes históricas de la Sala Segunda respecto a este debate:

Una línea clásica que las declara incompatibles y una línea actual que sí las declara compatibles y determina que no hay *non bis in idem* porque los preceptos tutelan bienes jurídicos con fundamentos distintos pues la tipicidad (Art. 139 CP) valora el *modus operandi* delictivo (eliminar la defensa de la víctima para asegurar la ejecución sin riesgo) y razones de política criminal (Art. 140 CP) con una regla de punición que expresa un mayor desvalor de la acción, buscando una tutela penal reforzada para colectivos sobreexpuestos a riesgos (niños, ancianos o discapacitados).

El TS concluye que en la conducta de Edurne confluyen de forma independiente dos factores de agravación diferenciados, la alevosía configurada por la forma del ataque, la inyección de insulina fue sorpresiva e inimaginable para la anciana, encubierta bajo una supuesta acción terapéutica del personal de la residencia y la hiperagravación fundada en la extrema vulnerabilidad intrínseca de Esperanza debido a su avanzada edad (98 años) y a su deterioro psíquico, lo que justifica legalmente la imposición de la prisión permanente revisable.

Por ello el Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 10 de noviembre de 2025, casa y anula la Sentencia con declaración de las costas del recurso de oficio y desestima el recurso de casación interpuesto por Edurne contra la Sentencia, condenándola al pago de las costas ocasionadas en el recurso, dicta una nueva sentencia que al incardinar los hechos como constitutivos de un delito de asesinato agravado de los arts. 139.1.1ª y 140.1.1ª CP impone la pena de prisión permanente revisable a Edurne por el delito de asesinato hiperagravado y mantiene el resto de pronunciamientos.

La decisión del Tribunal Supremo de acoger el recurso del Ministerio Fiscal e imponer la prisión permanente revisable me parece que supone un giro necesario pues la línea jurisprudencial más antigua dejaba una laguna de desprotección o desvaloración de la acción, como en este caso, se planteaba si la extrema

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

vulnerabilidad de una persona de 98 años de edad y con demencia servía para apreciar la alevosía, ya no se podría aplicarse la hiperagravación del artículo 140.1 CP.

En mi opinión, el TS acierta al separar la cuestión de cómo se realiza el acto alevoso por Edurne, el inyectar insulina a traición a Esperanza simulando un acto médico, con la cuestión de sobre quién se efectúa, a una víctima de 98 años desvalida, por lo que entiende, con acierto, que no se valora lo mismo dos veces, pues la alevosía castiga la cobardía y el aseguramiento del crimen por el autor y la prisión permanente castiga el plus de antijuridicidad que supone ensañarse con un colectivo que el legislador decidió proteger especialmente por razones de política criminal y dado que el caso revela una conducta criminal de una gravedad extrema por quebrantar palmariamente los deberes de cuidado por parte de una auxiliar de enfermería, que utiliza sus conocimientos y acceso a fármacos para dar muerte a una persona totalmente dependiente y desvalida, la resolución del Tribunal Supremo me parece proporcional al desvalor del hecho.

## VIII. JURISPRUDENCIA

### Sentencias Tribunal Constitucional

STC 174/1985**,** de 17 de diciembre.

STC 109/2009, de 11 de mayo.

STC 126/2011**,** de 18 de julio.

STC 183/2013, 23 de octubre.

STC 133/2014, de 22 de julio.

STC 146/2014, de 22 de septiembre.

STC de 6 de octubre de 2021, Número Recurso: 3866/2015.

STC 80/2024, 3 de junio.

### Sentencias Tribunal Supremo

STS 520/2018, de 31 de octubre.

STS 716/2018, de 16 de enero de 2019.

STS 367/2019, de 18 de julio.

STS 814/2020, de 5 de mayo.

STS 701/2020, de 16 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

STS 367/2021, de 30 de abril.

STS 704/2021, de 19 de septiembre.

STS 719/2021, de 23 de septiembre.

STS 585/2022, de 14 de junio.

STS 36/2023, de 26 de enero.

STS 82/2024, de 25 de enero.

STS 627/2024, de 8 de julio.

STS 782/2024, de 19 de septiembre.

STS 676/2025, de 11 de julio.

STS, 17/2026, de 15 de enero.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 41/2015: ANÁLISIS JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

*Rosa María González Carrasco*

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

**SUMARIO:** *I. Introducción. 1. Antecedentes. Histórica regulación en el sistema español del recurso de apelación. 2. El problema de la doble instancia. a) Normas Internacionales. b) Jurisprudencia. II. La reforma de la LECr operada por la Ley 41/2015. 1. Antecedentes y Finalidad de la reforma. 2. Principales cambios en el sistema de recursos. III. El recurso de apelación tras la reforma de 2015. 1. Breve exposición de la regulación del Recurso de Apelación contra sentencias. 2. Aplicación al Procedimiento ordinario (art. 846 ter y ss.). IV. La apelación de sentencias absolutorias. 1. Legitimación y sujetos activos del recurso. 2. Motivos de Impugnación. Su tramitación. 3. Petición de prueba en la segunda instancia. V. Estimación del recurso: revocación o anulación de la sentencia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Antecedentes. Histórica regulación en el sistema español del recurso de apelación

La instauración de la segunda instancia en el proceso penal español, como un sistema generalizado, no aparece en nuestro ordenamiento hasta la reforma operada por la *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* y ello, a pesar, de ser una indudable garantía para los justiciables.

En su redacción originaria de 1882, el legislador optó para el sumario ordinario por un sistema de única instancia de forma que, contra las sentencias dictadas por la Audiencias Provinciales sólo cabía la interposición recurso de casación por infracción de Ley[1]. Este sistema de única instancia se mantiene con la reforma llevada a cabo por *Ley de 8 de junio de 1957 de establecimiento de procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos*. Mediante esta reforma se pretendía extender el sistema de celeridad ya implantado para el juicio de faltas, a otros delitos, calificados como "menores", como eran los delitos in fraganti perseguibles de oficio sancionados con pena de prisión menor o bien, delitos que por razón de alarma social

[1] En su redacción originaria el art. 847 de la LECr, únicamente admitía el recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales y contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los juicios por falta. En ambos casos era presupuesto de admisión del recurso que la sentencia dictada fuera definitiva y que contra la misma no cupiera recurso ordinario alguno.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

requerían una mayor celeridad en la respuesta judicial, como eran los delitos cometidos con ocasión de la circulación de vehículos a motor y sin que ello, supusiera una merma de derechos procesales[2].

En este nuevo procedimiento, tanto la fase intermedia como de juicio oral se atribuyen a las Audiencias Provinciales, remitiéndose en este punto a lo dispuesto en la LECr, si bien con las especialidades introducidas, y teniendo en todo caso, tanto la tramitación de la causa como los recursos que pudieran interponerse, ya sean estos ordinarios como extraordinarios, carácter preferente. Contra la sentencia dictada en única instancia se preveía únicamente la posibilidad de interponer, conforme a las normas de la LECr, recurso de casación. La importancia de esta ley, que aparentemente no trastoca el sistema ya instaurado, radica no obstante, en ser el germen de una primera regulación del recurso de apelación en el proceso penal por delitos, al contemplarse, como materia específica de regulación en el ámbito del proceso, a los delitos derivados del uso y circulación de vehículos a motor y, que se va a materializar finalmente a través de la reforma introducida por *Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre el uso y circulación de vehículos a motor*.

Este último cuerpo legal se estructura en dos partes claramente diferenciadas, una parte sustantiva que define las conductas susceptibles de represión y consecuencias jurídicas del delito y una parte procesal, con una regulación íntegra del nuevo procedimiento.

Así la fase de instrucción sigue desarrollándose ante los Juzgados de instrucción quienes dentro de los cinco días siguientes de la incoación de diligencias preparatorias, deberán remitir las mismas a la correspondiente Audiencia Provincial, ante la cual se desarrollará íntegramente la fase intermedia y la fase de juicio oral pero, con una nítida distinción: si bien la fase intermedia se desarrollaba siempre ante un Magistrado de lo Penal que actuaba con carácter unipersonal, en la fase de juicio oral la composición del órgano y el sistema de recursos variaba según cuál fuera el delito objeto de calificación provisional, de forma que, cuando la pena solicitada fuera superior a la de arresto mayor[3], la competencia para el conocimiento y fallo correspondía a la Audiencia provincial como órgano colegiado, contra cuya sentencia podía interponerse recurso de casación. En otro caso para conocimiento y fallo se mantenía el Magistrado de lo Penal que seguía actuando como órgano unipersonal. Contra las sentencias dictada por el Magistrado de lo Penal podía interponerse recurso apelación ante el Tribunal colegiado, sin que aquel Magistrado pueda formar parte de este. Contra la sentencia dictada en apelación no procedía recurso alguno.

[2] En la propia Exposición de motivos se indica la necesidad de reforma "porque su frecuencia y las dolorosas y muchas veces irreparables consecuencias producidas por los accidentes de tráfico-que ya obligó a publicar la Ley penal de 9 de mayo de 1950- vienen causando verdadera alarma en la opinión pública que demanda, con toda razón, el establecimiento de un sistema de represión más a tono con el ritmo de los tiempos que nos ha tocado vivir".

[3] Actualmente pena privativa de libertad superior a un mes y un día.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Mediante Ley *de 3 /1967 de 8 de abril*, se vuelve a modificar el Título III del Libro IV de la LECr, introduciendo dentro del mismo dos procedimientos: "El procedimiento de diligencias urgentes" donde se encomienda a los Juzgados de Instrucción el enjuiciamiento y fallo, en primera instancia, siendo la sentencia susceptible de apelación ante la Audiencia Provincial y, "El procedimiento de urgencia "que mantiene el sistema de única instancia. La concentración de la fase de instrucción y enjuiciamiento en un único órgano contra cuya sentencia cabe apelación, se extiende notablemente mediante la reforma operada por la *LO 10/1980 de 11 de noviembre, para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*.[4] Ambas reformas, necesariamente, declaran dejar sin efecto para los procedimientos en ellas regulados, la causa de abstención y recusación contenida en antiguo art. 54.12 de la LECr (actualmente art. 219 de la LOPJ): "el ser o haber el Juez llamado al enjuiciamiento, instructor de la causa".

Esta concentración de facultades de instrucción y fallo en un único órgano fue objeto de impugnación ante el TC, en cuya histórica **STC 145/1988, de 12 de julio**, declara inconstitucional ambas leyes en lo que a esta nueva ordenación del proceso se refiere, afirmado que *es el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso;* lo que dio lugar a la *Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y del Enjuiciamiento Criminal.*

Dos son los objetivos básicos de esta reforma: por una parte agilizar la tramitación del procedimiento, englobando en un único proceso las anteriores Diligencias Urgentes y Procedimientos de Urgencia mediante la creación del llamado Procedimiento Abreviado y, por otra, garantizar el derecho a un juicio público con todas las garantías, especialmente el derecho a un juez imparcial, que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es incompatible o queda comprometida cuando el juzgador tiene una actuación como instructor de la causa penal , objetivo que se logra mediante la creación de los Juzgados de Penal[5] a los que se atribuye el conocimiento y fallo de las causas que se tramitarán a través de este nuevo procedimiento abreviado (art. 14 y 779 de la LECr según redacción dada por Ley Orgánica 7/1988) y, manteniéndose, en todo caso, la instrucción en el ámbito competencial de los Juzgados de

[4] Mediante la reforma operada por Ley Orgánica 10/1980 los Juzgados de Instrucción ven ampliada su competencia al conocimiento y fallo de causas por delitos dolosos perseguibles de oficio sancionado por ley con pena privativa de libertad no superior a seis meses o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cuya duración no exceda de seis años y delitos flagrantes, castigados con pena o penas, cualquiera que sea su naturaleza, cuya duración no excediera de seis años.

[5] Se atribuye a los Juzgados de lo Penal el conocimiento y fallo de causas por delito castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía o penas de distinta naturaleza cuya duración no excediera de seis años.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Instrucción de la correspondiente circunscripción . Se establece además de forma generalizada el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por estos nuevos Juzgados de lo Penal (Art. 795 de la LECr en su redacción dada por Ley Orgánica 7/1988) manteniéndose, sin embargo, el sistema de única instancia en el ámbito del sumario ordinario[6]. Es este recurso de apelación insertado en sede del Procedimiento Abreviado, el que, con escasas modificaciones en su tramitación, ha llegado a la actualidad.

## 2. El problema de la doble instancia

### a) Normas Internacionales

El proceso de democratización iniciado en España a partir de 1975 dio lugar a la ratificación de diversos Instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales, que exigía la correspondiente adaptación del ordenamiento jurídico. Este proceso, sin embargo, no se llevó siempre a cabo con la debida celeridad por parte del legislador, sino que, por el contrario, la legislación española ha ido constantemente a remolque de las exigencias impuestas por jurisprudencia asentada por TEDH y el Tribunal Constitucional.

En el marco objeto de estudio, el problema de la segunda instancia, se sitúa y, tal como se ha expuesto, en el hecho, de que a pesar de las sucesivas reformas se mantiene un sistema de única instancia para el procedimiento ordinario en clara confrontación con lo dispuesto en los Tratados Internacionales que habían sido objeto de transposición al ordenamiento jurídico español, y más concretamente con el Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que reza " *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley ",*[7] y el Artículo 2 del Protocolo 7 de 1984 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales que se pronuncia en el mismo sentido: *Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena*[8].

### b) Jurisprudencia

#### 1. Jurisprudencia del TEDH. Sentencia del TEDH de 30/6/2020 caso Saquetti Iglesias vs España

Si bien la sentencia de referencia es posterior a la reforma operada por Ley 41/2015, es necesario hacer mención a la misma, pues sintetiza de forma clara, la jurisprudencia de dicho Tribunal en materia de doble

[6] Expresamente se indica en el Preámbulo de la LO 7/1988 de 28 de diciembre, como uno de los objetivos de la reforma, la necesidad de reducir la acumulación que se registraba en la Sala 2 del Tribunal Supremo, por lo que hacía necesario mantener la limitación ya introducida por Ley 21/1988 de 19 de julio, del recurso de casación a las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales.

[7] Ratificado por España en fecha 27 de abril de 1977.

[8] Ratificado por España el 16 de noviembre de 2009.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

instancia[9]. El Tribunal recuerda que en el artículo 2 del Protocolo nº 7, se reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito por un tribunal, a que su declaración de culpabilidad o su condena, sean revisadas por un tribunal superior. Recuerda a su vez, que la revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países, ese examen puede limitarse, según el caso, a la aplicación de la ley, como un recurso de casación. En otros países, existe una apelación, que permite llevar a cabo tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior. Este artículo deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio, de este derecho incluido los motivos por los que puede ejercerse. Ambos, tribunales de apelación o de casación, cumplen los requisitos de una "doble instancia jurisdiccional", pero no así la revisión llevada a cabo por autoridades que no sean " tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio", que no pueden ser tenidas como "jurisdicciones" (entiéndase órganos puramente administrativos ) ni las revisiones llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional, vía recurso de amparo, al no constituir dicho recurso, una casación en interés de la ley, por lo que no puede ser considerada una segunda instancia a los efectos del convenio.

Asentado, el principio de doble instancia en materia penal, el siguiente paso es determinar si el recurso de casación cumple siempre esta función o era necesario implementar una apelación generalizada en el sistema procesal español.

Es doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que cuando un tribunal de apelación, o como en el caso que nos ocupa de casación, tenga que resolver cuestiones de hecho y de derecho, de forma que deba pronunciarse sobre los elemento de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía).

El problema en nuestro ordenamiento estriba en que, en la apelación introducida para el procedimiento abreviado, se preveía si bien con carácter tasado, la posibilidad de practicar prueba en segunda instancia y, pudiendo también el tribunal "ad quem", cuando lo considere necesario, acordar la celebración de una vista.

[9] Si bien la STEDH de 30 de junio de 2020, caso Saqueti Iglesias contra España , se pronuncia en relación a Sentencia dictada por la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ, en única instancia, el Tribunal recuerda que el concepto de "infracción penal" al que se refiere el párrafo del artículo 2 del Protocolo nº 7 corresponde al de " acusación en materia penal", concepto que debe evaluarse sobre la base de tres criterios, comúnmente denominados "criterios Engel" ( y en consecuencia, añadimos, al margen de la naturaleza de la norma sustantiva en la que la sanción haya sido tipificada) : a)clasificación de la disposición a nivel interno; b)el tipo de infracción; c)gravedad de la sanción impuesta al interesado. Es atendiendo a este último criterio de gravedad de la sanción, que impuso multa que abarcaba la práctica totalidad de los efectos descubiertos, por el que el Tribunal atribuyó a la infracción naturaleza penal, por lo que debía gozar de las garantías previstas en el art. 2 del Protocolo nº 7 de Convenio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta posibilidad, no obstante, queda vedada en el ámbito del recurso de casación, tal como se recuerda en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de noviembre", en el que se declara de forma taxativa: *La citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley*.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. STC 167/2002, de 18 de septiembre

El Tribunal Constitucional, por el contrario, venía declarando de forma reiterada, que no se vulneraba el principio de inmediación y contradicción y, en consecuencia no había vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE, aun cuando no llevándose a cabo en la segunda instancia una auténtica práctica de prueba el tribunal "ad quem" hubiera llegado a una distinta valoración de la prueba practicada en primera instancia y en consecuencia a una distinta consecuencia jurídica, pues en el ámbito del recurso de apelación regulado en el Procedimiento Abreviado, *el Juez ad quem, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el Juez a quo y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (*STC 120/1999 de 28 de junio).

La Sentencia del Pleno nº 167/2002 constituye un auténtico punto de inflexión en la materia, al recoger la doctrina asentada por el TEDH.

Se parte del hecho, de que la cuestión planteada se suscita básicamente cuando la apelación versa sobre cuestiones de hecho[10] y en materia de valoración de la prueba practicada en primera instancia y la necesidad de asegurar en estos casos el principio de inmediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, otorga como afirma el Alto Tribunal, plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean éstas de hecho o de Derecho lo que , conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo pero; y aquí es donde se produce el giro jurisprudencial *en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECr otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE,* por lo que la Audiencia Provincial al

[10] no en principio cuando se recurría por motivos de infracción de normas o garantías procesales o infracción de precepto legal o constitucional.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tener que pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados absueltos en primera instancia, quienes habían negado en el acto de juicio haber cometido los hechos de los que se les había acusado, *hubo de valorar y ponderar las declaraciones incriminatorias prestadas por éstos ante el Juzgado de instrucción y las declaraciones exculpatorias realizadas en el acto de juicio, en la medida en que la absolución o condena dependía de la valoración y ponderación de tales declaraciones.* El derecho a un proceso justo exige que el tribunal de apelación deba proceder a un nuevo examen directo y personal de la declaración del acusado, por lo que será exigible una nueva audiencia con presencia de éste y de los demás interesados, para entender respetados los principios de inmediación y contradicción.

### 3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. STS 1423/2011 de 29 de diciembre

La doctrina del TEDH en materia de doble instancia conforme a lo previsto en el Protocolo nº 7, va también a provocar un giro jurisprudencial en la doctrina del TS destacando la STS 1423/2011 de 29 de diciembre, en la que se expone la nueva doctrina no únicamente para el recurso de casación sino también para el recurso de apelación.

Indica el TS, con carácter previo, que, de conformidad con la doctrina asentada por el TEDH, la necesidad de practicar vista en el recurso de casación surgirá, no únicamente cuando la audiencia del acusado sea necesaria para resolver sobre una cuestión de hecho determinante de la culpabilidad o de la inocencia, sino también cuando dicha resolución exija una valoración directa de lo declarado por los testigos. Es decir, la vista será necesaria, cuando para resolver sobre una cuestión de hecho determinante de la culpabilidad o la inocencia, sea necesario efectuar una valoración directa de la declaración del acusado o del testimonio de otros testigos (Botten c. Noruega, 19 febrero de 1996). Esta exigencia, se contradice con la naturaleza del recurso de casación, que no prevé un trámite específico para este fin, pero también contradice la regulación y la naturaleza del recurso de apelación donde la prueba en la segunda instancia está prevista de forma "tasada y taxativa", acogiéndose *sólo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia… Esta Sala ya ha tratado la cuestión relativa a la posibilidad de practicar en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo, ajustándose así a lo preceptuado en la LECr. art. 795.3 antiguo y 790.3 actual*, otra cosa supondría abandonar el tradicional sistema de apelación limitada propio de nuestro ordenamiento procesal para acoger un sistema de apelación plena.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. LA REFORMA DE LA LECr OPERADA POR LA LEY 41/2015

### 1. Antecedentes y Finalidad de la reforma

El escollo de que el Tribunal ad quem no pudiera efectuar una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, sin necesidad de proceder a la celebración de una vista por no estar dentro de los supuestos legalmente previstos, parecía quedar superado con la reforma llevada a cabo por la *LO 13/2009 de 3 de noviembre, de Reforma Procesal para la implantación de la nueva oficina judicial,* que implantó con carácter preceptivo el Sistema Arconte , o de grabación de vistas a través de un sistema con garantías de autenticidad e integridad de lo grabado, quedando la intervención del Secretario Judicial relegada a un plano meramente residual. De esta forma, si el juicio era objeto de grabación por un sistema que garantizaba tanto la integridad como el contenido de la vista, no existía ya ningún impedimento que permitiese al Tribunal de apelación tener una percepción directa de todos los elementos probatorios, interpretación que se veía reforzada por la propia redacción del art. 791.2 de la LECr, que permitía la reproducción de las grabaciones del juicio oral. Qué sentido tendría sino esta previsión sino permitir al tribunal ad quem una percepción directa de la prueba de instancia.

Esta posibilidad que fue admitida por alguna jurisprudencia menor,[11] fue rápidamente rechazada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 120/2009 de 18 de mayo y por el TEDH en el caso Gómez Olmeda contra España de 29 de marzo de 2016[12].

Llegados a este punto, se hizo necesario proceder a una profunda reforma del sistema de recurso previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se lleva a cabo a través de la Ley 41/2015 en cuyo exposición de Motivos se indica como principal motor de la nueva regulación hacer efectivo el derecho a la segunda instancia reconocido por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante la ausencia de un recurso de apelación contra las sentencia dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, previa celebración de juicio antes dichos órganos judiciales y proceder a una nueva regulación del recurso de casación. Se completa además el recurso de apelación por error en la valoración de la prueba con una regulación más pormenorizada.

Mediante esta reforma y en palabras del TS *el legislador se hizo eco de la doctrina constitucional estableciendo un modelo fuertemente restrictivo de revisión - incluso llegando más allá que lo que las exigencias convencionales*

[11] SAP Madrid, sec. 30ª, de 1 de junio de 2016, en el aun ratificando la valoración de la prueba efectuada en la instancia, lo hace a la vista de la reproducción del acto de juicio oral.

[12] "El Tribunal considera que el visionado del vídeo por la Audiencia no compenso la falta de juicio oral .... no puede considerarse que el visionado del vídeo situase a la Audiencia Provincial en igual posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*imponían- hasta el punto de privar al tribunal superior de toda facultad de revalorar la prueba sobre la que el tribunal inferior funda su decisión absolutoria para revocar y condenar al absuelto*[13].

### 2. Principales cambios en el sistema de recursos

En consecuencia, con la Ley 41/2015, se generaliza el recurso de apelación de tal forma que:

- Contra la Sentencias dictadas por los Juzgado de lo Penal o Juzgados Centrales de lo Penal cabe la interposición de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, respectivamente. (art. 790.1 de la LECr, que se tramitarán conforme a lo previsto en los art. 790 a 792 de la Ley rituaria).
- Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia cabe la interposición de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de su territorio.
- Contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cabe la interposición de recurso de apelación ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (art. 846 ter LECr).

Todos los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias se regirán por las normas del procedimiento abreviado, si bien el órgano competente para su resolución será la Sala Civil y Penal del TSJ de su respectivo territorio.

## III. RECURSO DE APELACIÓN TRAS LA REFORMA DE 2015

### 1. Breve exposición de la regulación del Recurso de Apelación contra sentencias

#### a) Legitimación

Puede interponer recurso de apelación cualquiera de las partes (art. 790.1 de la LECr), si bien dicho principio debe ser puesto en relación con lo dispuesto con carácter general en el art. 448 de la LEC, que vincula el derecho a recurrir al hecho de que a la parte se le haya ocasionado un perjuicio o gravamen.

#### b) Motivos de Impugnación

Se pueden distinguir tres grandes bloques de motivos de impugnación:

**1) Infracción de normas y garantías procesales**

Se harán valer por esta vía de impugnación la existencia en la primera instancia de irregularidades en la tramitación que haya podido afectar al derecho de defensa o validez del procedimiento.

[13] STS 689/2020 de 14 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Según Magistrado D. Juan Pelayo García Lamas, la LECr está distinguiendo dos categorías de quebrantamiento de normas y garantías procesales, aquellas que pueden calificarse como simples que implican una mera infracción procesal de la que únicamente procede su corrección, pero en ningún caso provocarán la revocación ni la anulación de la sentencia y; otras cualificadas que la ley sanciona con nulidad. En este segundo caso, cuando el recurrente pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas y de garantías procesales causantes de indefensión, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se impone la carga al recurrente de citar qué normas legales o constitucionales se consideren infringidas y de expresar las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse que se pidió la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieran cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

**2) Error en la valoración de la prueba**

Cuando se alega por el recurrente que la sentencia se incurre en arbitrariedad o el juzgado ha valorado la prueba sin seguir lo criterios de la lógica.

Si es la acusación la que alega error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de una sentencia absolutoria o el agravamiento de la condena, será preciso que justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. Este motivo será objeto de estudio pormenorizado en apartados posteriores.

**3) Infracción de normas del ordenamiento jurídico**

Los supuestos más frecuentes serán la alegación de errores en la calificación del tipo, en la operación de subsunción o apreciación indebida, por no concurrir los requisitos legales de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal o de una circunstancia eximente.

**c) Prueba en la Segunda Instancia**

Tal como se ha expuesto, el legislador ha adoptado un sistema de apelación limitada, que va a implicar que se establezca de forma claramente restrictiva los supuestos en los que puede practicarse prueba en la segunda instancia y sin que en ningún caso pueda suponer una reiteración de la llevada a cabo en la instancia. De esta forma el art. 790.3 de la LECr, va a permitir al apelante que en el escrito de formalización pueda solicitar en segunda instancia la práctica de aquella que le fue indebidamente denegada, siempre que formulara la debida

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

protesta, aquellas que no pudo proponer o que, habiéndose propuesto y admitido, no pudieron practicarse por causas que no sean imputables a la propia parte.

**d) Celebración de vista**

Dos supuestos prevén el art. 791 de la LECr, cuando en los escritos de formalización o de alegaciones se hubiera propuesto prueba o la reproducción de la prueba grabada en la instancia o, cuando el Tribunal de oficio o a instancia de parte, la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

**2. Aplicación al Procedimiento ordinario (art. 846 ter y ss.)**

Según lo indicado previamente contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia podrá interponerse recurso de apelación ante las Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente. Estos recursos se regirán por lo dispuesto en los artículos 790,791 y 792 de la LECr para el Procedimiento Abreviado, si bien la referencia efectuada a los Juzgados de lo Penal se entenderá realizada a la Audiencia que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso.

## IV. LA APELACIÓN DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Llegados a este punto, es patente, que las principales consecuencias de la reforma de 2015 se han materializado en sede del recurso de apelación contra sentencias absolutorias y que se procede a analizar de forma sistemática.

Partimos de la afirmación, reiteradamente asentada por el TS del efecto de la Reforma de la Ley 41/2015 es que p*or lo que se refiere al contenido devolutivo del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone. Hasta el punto de poder afirmase, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación con más diferencias que elementos comunes*[14].

**1. Legitimación y sujetos activos del recurso**

Ninguna particularidad presenta la legitimación para interponer el recurso prevista en el art. 790 de la LECr, en relación con el Ministerio Fiscal y la acusación particular, pues es indudable que ambas partes, si han mantenido la acción penal, es que tienen interés en atacar una sentencia condenatoria.

[14] STS 136/2022 Sala 2ª, de 17 de febrero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La duda se plantea, con relación a la acusación popular, es decir, si la misma está legitimada para impugnar la sentencia absolutoria en aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal y acusación particular, se aquietan con la sentencia de instancia o ésta última ni tan siquiera se hubiera personado en la causa. En estos supuestos la jurisprudencia es partidaria del aplicar la doctrina asentada por el TS en sentencia 1045/2007 de 17 de diciembre y negarle legitimación activa.

En relación con el acusado, su legitimación se plantea en conexión a lo expresamente declarado en el art. 14 de PIDCP, pues el derecho a la segunda instancia se reconoce a aquél que fuera declarado culpable, con relación a su vez con lo dispuesto en el art. 448 de la LEC, pues parece " a priori" que el que hubiera sido absuelto en la instancia no sufre gravamen alguno por la resolución. Dicho requisito, no obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha de ser interpretado de forma amplia, habiéndose admitido la interposición del recurso al acusado a pesar de ser absuelto por sentencia, al haber declarado prescrito el delito, pero derivarse del relato de hechos probados la participación del recurrente[15].

## 2. Motivos de Impugnación. Su tramitación

### a) Quebrantamiento de las normas y de las garantías procesales

Por esta vía puede alegarse la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad del artículo 238 y 240 de la LOPJ, o bien que la sentencia no contenga un relato de hechos probados anudándose con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE o, que incurre en incongruencia omisiva, o falta de motivación de la sentencia con infracción del art. 120 de la CE.

La regla general es que cabe la subsanación en la segunda instancia y, si ello no fuera posible deberá decretarse la nulidad de la sentencia.

Tres son los requisitos necesarios para que prospere el recurso: que se efectúe cita del precepto que se considere infringido, que en el caso de la acusación al impugnar una sentencia absolutoria será el art 24 de la CE ; que se justifique que se solicitó subsanación si por el momento procesal en que se cometió la infracción tuvo oportunidad procesal para ello y, tercero que justifique en qué medida la infracción ha colocado a la acusación en una situación de indefensión; indefensión que por otra parte no debe ser imputable a la propia parte. Ahora bien, en todo caso, al solicitarse la nulidad de la sentencia de instancia, debe ponderarse el principio el principio de proporcionalidad.

[15] STC 48/2011 de 2 de febrero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Especialmente relevante es cuando la causa de indefensión que se alega por la acusación es la falta probatoria por haber denegado el tribunal de instancia prueba que se considera por la parte pertinente y útil, debiéndose justificar en qué medida la actividad probatoria puede variar el relato fáctico de la sentencia que se impugna. Éste que es uno de los supuestos en los que cabe solicitar prueba en la segunda instancia, plantea sin embargo serios problemas prácticos. Admitida la prueba por el tribunal de apelación, y en base a la nueva actividad probatoria, revoca la sentencia de instancia y dicta sentencia condenatoria, volveríamos nuevamente al punto de partida. Una sentencia condenatoria, cuya revisión por el tribunal superior sólo puede hacerse por vía de casación, además de una fragmentación en la valoración de la prueba, la llevada a cabo por el tribunal de instancia, que se mantiene inalterable y la llevada a cabo por el Tribunal de apelación[16].

**b) Error en la apreciación de la prueba**

La reforma de 2015 ha vedado la posibilidad de que cuando se interpone recurso de apelación contra una sentencia absolutoria, el tribunal de segunda instancia pueda reconstruir los hechos probados a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia, cuestionando los fundamentos normativos, pero partiendo del relato de hechos probados.

Cuando la acusación ataca el proceso a través del cual se ha conformado los hechos probados o como se ha valorado la prueba por el tribunal de instancia, necesariamente debe alegar motivos que permitan ordenar la nulidad de la sentencia. No existe, a favor de la acusación, una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", es decir, entender que, si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada legalmente ha de llevar a la condena[17].

Por esta vía el Tribunal de apelación solo puede declarar la nulidad de la sentencia, cuando no se ha valorado de manera completa todo el acervo probatorio significativo llevado a cabo en el plenario o cuando exista una irracionalidad valorativa.

En este punto, el control de la racionalidad de la sentencia absolutoria por parte del tribunal superior, no consiste en medir cuantitativamente la prueba ni atribuir mayor valor o peso a una actividad probatoria o a un determinando medio de prueba sobre otro, ya que esto va a depender del caso concreto y, mucho menos se trata de sustituir *un discurso racional por otro que se estima más convincente o más adecuado* si no que

[16] Tal como pone de manifiesto el Magistrado Juan Pelayo García esta consecuencia llevo a la Junta de Magistrados de las Secciones Penales en acuerdo de 4 de octubre de 2002, a proponer que cuando el contenido de la prueba en segunda instancia incida sobre el contenido de la prueba practicada en instancia, debe declararse la nulidad de juicio y de la sentencia, con devolución de lo actuado a fin de que se celebre un nuevo juicio por Juez distinto.

[17] STS 87/2025 Sala de lo Penal, de 5 de febrero de 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

consiste en controlar si se ha aplicado una racionalidad sustancial mínima. *Una determinada valoración de la prueba solo puede ser tachada de irracional-como presupuesto de nulidad de la sentencia- cuando se utilizan criterios de atribución de valor a los datos de prueba que responden a fórmulas epistémicas absurdas, a máximas de experiencia inidentificables o al desnudo pensamiento mágico, ignoto o inexplicables*[18], es decir, que no cabe, declarar la nulidad de la sentencia en aquellos supuestos en los que tribunal ad quem sencillamente pueda efectuar una valoración de la prueba distinta al de instancia que arroje un resultado más consistente o más convincente, sino solo cuando en su valoración haya utilizado razonamientos absurdos, máximas de la experiencia que no es posible identificar o sencillamente no se efectúa o no se contiene en la resolución dicho razonamiento.

**c) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico**

Las acusaciones acudirán a este motivo de impugnación cuando se haya dictado sentencia absolutoria por apreciar indebidamente que no concurren los elementos objetivos o subjetivos del tipo o por apreciar una circunstancia eximente o atenuante, también de forma indebida. En la práctica este motivo, aparece unido a la impugnación por error en la valoración de la prueba, que ha dado lugar a un relato incorrecto de los hechos que posteriormente han sido declarado probados.

**3. Petición de prueba en la segunda instancia. Especial referencia a la prueba personal**

La revisión de sentencias absolutorias por el tribunal de apelación queda, en consecuencia, fuertemente limitado, cuando éste debe efectuar una valoración de la prueba, pues en todo caso debe respetarse los principios de inmediación, publicidad y contradicción, lo que impide que pueda dictarse sentencia condenaría en segunda instancia si éste tribunal no ha examinado de forma directa y personal y con respecto al principio de contradicción aquel acervo probatorio del que depende un pronunciamiento de culpabilidad o de inocencia Es decir, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una sentencia absolutoria revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones efectuadas ante el mismo sin respetar los principios de inmediación y contradicción siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia.

La imposibilidad de sustanciar medios de prueba en apelación al margen de los supuestos legales, y la imposibilidad de valorar en perjuicio del acusado los medios probatorios de naturaleza personal, supone la prohibición de revocar la sentencia absolutoria dictada en la instancia cuando el órgano de apelación valore diversamente la declaración del acusado, la prueba testifical y la pericial. No ocurre lo mismo cuando el debate

[18] STSJ de Catalunya Sala civil y Penal de 5 de julio de 2022.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

planteado en el recurso sea de naturaleza estrictamente jurídica, o cuando la nueva valoración de la prueba se reduzca a la de naturaleza documental, porque entonces no está en juego el principio de inmediación.

Tal situación de inexistencia de posibilidad revocatoria en los supuestos examinados, se traduce en la ausencia de recurso a favor de las acusaciones en tales supuestos; ello no supone infracción alguna del derecho a obtener la tutela judicial, pues no existe un derecho a la segunda instancia[19].

La consecuencia es que si cabrá sentencia revocatoria de la sentencia absolutoria dictada en la instancia, cuando el órgano " ad quem" no altera el sustrato fáctico de la misma; cuando esta alteración de los hechos se derive de la valoración de prueba que no exige el principio de inmediación, o cuando permaneciendo inalterable los hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia se alcanza un resultado distinto por no coincidir en el proceso deductivo, pues este proceso no depende del principio de inmediación.

## V. ESTIMACIÓN DEL RECURSO: REVOCACIÓN O ANULACIÓN DE LA SENTENCIA

La consecuencia de la estimación de la apelación va a depender de que motivo alegado por la acusación haya prosperado.

Cuando la sentencia apelada sea anulada **por quebrantamiento de normas y garantías de procedimiento,** se producirá lo que doctrinalmente se conoce como Sentencia de reenvío, el tribunal sin entrar en el fondo del asunto ordenará que se reponga el procedimiento al estado que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

En el caso de que prospere el motivo de error en la valoración de la prueba o infracción del ordenamiento jurídico, alegado por la acusación, dispone la LECr de forma taxativa que la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta.

El Tribunal Supremo recuerda en STS nº 1022/2021 de 11 de enero que *los márgenes de la facultad de revisión por esta Sala de sentencias absolutorias a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la*

[19] Tal como recuerda en Sentencia 316/20216 de la Sección 3ª de la AP de Madrid " El Tribunal Constitucional se ha cuidado de distinguir el derecho de acceso a la jurisdicción, derivado de la propia Constitución, del derecho de acceso a los recursos, que deriva de la ley procesal, de manera que la aplicación del principio interpretativo pro actione no tiene igual intensidad en ambos ámbitos, y no es posible imponer una concreta interpretación de la norma que permita el acceso al recurso (Sentencias 138/95 de 25 de septiembre, 149/95 de 16 de octubre, 172/95 de 21 de noviembre, 70/96 de 24 de abril, 142/96 de 16 de septiembre, 160/96 de 15 de octubre, 202/96 de 9 de diciembre, 209/96 de 17 de diciembre, 210/96 de 17 de diciembre, 9/97 de 14 de enero, 176/97 de 27 de octubre, 201/97 de 25 de noviembre, 222/98 de 24 de noviembre, 235 y 236/98 de 14 de diciembre, 23/99 de 8 de marzo, 11/01 de 29 de enero, 48/01 de 26 de febrero, 236/01 de 18 de diciembre, 12/02 de 28 de enero y 114/04 de 12 de julio). Salvo, claro está, en el caso de que quien recurra sea el acusado condenado en la instancia, en que es obligatoria su existencia (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos, pero no cabe, cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.*

En estos supuestos deberá acordarse la anulación de la sentencia de instancia, devolviéndose las actuaciones al órgano ad quo, concretándose si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

## VI. CONCLUSIONES

Las sucesivas reformas llevadas a cabo en nuestro ordenamiento jurídico encaminadas a hacer efectiva la segunda instancia, unido a la tradicional configuración de la apelación como apelación limitada, han provocado "de facto" una dualidad insólita en el sistema penal español en el sistema de recursos atendiendo al contenido de la sentencia, de forma que, respecto al acusado el sistema de doble instancia y, tratándose de sentencias condenatorias se hacía plenamente efectiva la normativa internacional, mientras que la acusación que ve frustrada su petición de condena en el tribunal de instancia, el sistema de instancia única previo a la reforma y, respecto de sentencias absolutorias, se ve reforzado hasta tal punto, que puede afirmarse incluso que la sentencia queda blindada tanto en apelación como en la posterior casación.

Este resultado entra en clara confrontación con la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima, cuyo Preámbulo, recordemos, tras indicar el loable propósito del legislador de reformar la posición procesal y extraprocesal de la víctima, entendida ésta en sentido amplio y, de ir más allá de las exigencias de las Directivas europeas, no conformándose con una ley de mínimos*: trasladando al (proceso) mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado,* abandona a la primera oportunidad esta declaración de intenciones, de no subyugar los derechos de las víctimas a los siempre preponderantes derechos del acusado, evitando que con la reforma de Ley 41/2015, el recurso de apelación pudiera convertirse en una apelación plena, yendo a más allá, cercenando además cualquier posibilidad certera de que la acusación pudiera conseguir la revocación de una sentencia absolutoria en la instancia, pues el error en la valoración de la prueba en el que ha de incurrir el tribunal de instancia para que prospere la impugnación, ha de ser tan burdo e irracional que frontalmente contravenga las normas de la lógica.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La necesidad de garantizar los principios de inmediación, contradicción y publicidad en la segunda instancia pudieran haberse salvado a través de una regulación más amplia, sino de los supuesto de admisión de nuevos medios prueba en la apelación, en la necesidad de reproducir la prueba personal cuando la apelación versara contra una sentencia absolutoria, pues las garantías del acusado, quedan plenamente garantizadas ante una eventual sentencia condenatoria, a través de la casación posterior. Este sistema y, siempre desde el prisma de las acusaciones, es aún más perverso cuando el tribunal de instancia ha ponderado pruebas de índole personal junto con la documental estimando que ésta corrobora la primera, de forma que, en este supuesto, ni tan siquiera el tribunal ad quem podrá valorar prueba que de "per se "tiene carácter objetivo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Enrique Bacigalupo Zapater Doble instancia y principio de inmediación. A propósito de la llamada doble instancia. La Ley Digital 1498/2002.

Enrique Javier Botella Soria. Sistemas de recursos contra las sentencias y la vulneración del derecho a los recursos en el proceso penal. La Ley Digital 878/2008.

Teresa Duerto Argemí. La segunda instancia en el procedimiento del Tribunal del Jurado. Centro de Estudios Jurídicos.

Manuel-Jesús Dolz Lago. Caso revocación de sentencia absolutoria por nueva valoración de la prueba en apelación. La Ley Digital 22997/2024.

Límites para la revisión fáctica en apelación de las sentencias absolutorias dictadas en el proceso penal. Manuel Richard González. La Ley Digital 114/2010.

El recurso de apelación contra las sentencias absolutorias. Juan Pelayo García Llamas. Centro de Estudios Jurídicos.

Julián García Marcos. La segunda instancia penal: la revisión de sentencias absolutorias en la segunda instancia. Centro de Estudios Jurídicos.

María Ángeles Garrido Lorenzo. El recurso de casación contra sentencias absolutorias. Estudio Jurisprudencial. Centro de Estudios Jurídicos.

Jorge Rabasa Dolado. El recurso de apelación contra sentencias. Novedades procesales (una visión crítica). Centro de Estudios Jurídicos.

Jorge Rabasa Dolado. El recurso de apelación contra sentencias penales, diferentes posibilidades de acusaciones y defensas. Centro de Estudios Jurídicos.

El recurso de apelación. Editorial Memento.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL ALCANCE DE LA DISPENSA DEL ARTÍCULO 416.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

*Sara Hernández García*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

**SUMARIO:** *I. La dispensa de la obligación de declarar. 1. Introducción. 2. Marco legal. Evolución legislativa y jurisprudencial. 3. Consideraciones sobre la dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco. II. Excepciones a la dispensa de la obligación de declarar. III. Aplicación práctica. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Jurisprudencia*

## I. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

### 1. Introducción

La dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECr se encuentra en permanente evolución y constituye una excepción al deber general de colaboración con la justicia. Su fundamento radica en la protección de los vínculos familiares frente al deber de testificar en contra de un allegado. Sin embargo, su aplicación ha generado intensos debates, especialmente en el ámbito de la violencia de género, donde la víctima suele ser la única prueba de cargo.

La figura tiene antecedentes en el derecho romano y canónico, donde se reconocía la dificultad moral de declarar contra familiares (Gimeno Sendra, 2015). En España, se consolida con la LECr de 1882, aunque ha sido objeto de reformas, siendo la más reciente la introducida por la Ley Orgánica 8/2021.

Este artículo analiza la evolución normativa y jurisprudencial del precepto, sus implicaciones prácticas, y las excepciones introducidas por la reforma de la LO 8/2021 de 4 de junio.

### 2. Marco legal: contenido del artículo 416.1 LECr. Evolución legislativa y jurisprudencial

Recogida la dispensa en el artículo 416.1 de la LECr dispone que no están obligados a declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.

La dispensa se apoya en el principio recogido en la Constitución Española del derecho a no declarar contra uno mismo ni contra familiares cercanos (artículo 24 CE) así como en la protección institucional de la familia (artículo 39 CE).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la dispensa judicial ha variado notablemente a lo largo de los años, siendo de resaltar los acuerdos de Pleno de 24 de abril de 2.013 y de 23 de enero de 2.018. El acuerdo del pleno de 24 de abril de 2013 del Tribunal Supremo había establecido que podía acogerse a la dispensa quién tenía o había tenido uno de los vínculos que recoge el precepto, pero que no regiría esta dispensa cuando se tuviera que declarar por hechos ocurridos posteriormente a la disolución del mencionado vínculo (por ejemplo, a causa de separación o divorcio) o cuando el testigo estuviera comparecido en la causa como acusación particular. El acuerdo de 23 de enero de 2.018 matizó el acuerdo de 2.013 estableciendo que, el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECr, impedía rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida, no quedando excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECr) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, había cesado en esa condición, por lo que si el testigo se acogía a la dispensa en el momento del juicio oral, no se podían rescatar o valorar declaraciones realizadas en anteriores fases procesales y, también, que podía acogerse igualmente a la dispensa quién hubiera sido constituido como acusación particular, pero hubiera cesado en la mencionada condición.

Destaca igualmente en la jurisprudencia cambiante la STS 389/2020 de 10 de julio del Pleno de la Sala Segunda, que: estableció que la dispensa del art. 416 de la LECr es un derecho del testigo, no del acusado, que dimana de las garantías del art. 24 de la Constitución y tiene su razón de ser en la voluntad de proteger los vínculos de solidaridad entre testigo y acusado y las relaciones familiares proclamadas en el art. 39 de la Constitución, protegiendo así la intimidad en el ámbito familiar, matizando que en los casos en que este testigo (el que tiene derecho a no declarar) es también la víctima del delito y ésta haya formulado denuncia, no regirá tal dispensa, especialmente cuando el testigo esté personado como acusación particular, incluso si abandona esta posición, seguirá sin recobrar este derecho a no declarar y fija el momento para determinar si concurren las relaciones de parentesco que fundamentan la dispensa es el momento en el cual se produce la primera declaración del testigo. En todo caso, no se puede acoger a la dispensa quién ha ostentado la posición de acusación particular, con lo cual se modifica el Acuerdo del Pleno de 23 de enero de 2018.

Todo ello ha sido recogido en la modificación introducida por la LO 8/2021 de 4 de junio, desprendiéndose de su Preámbulo que la finalidad perseguida por el legislador es proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.

### 3. Consideraciones sobre la dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco

Sobre la dispensa de la obligación de declarar se pueden hacer las siguientes precisiones:

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a) Es un derecho constitucional del testigo, no de las partes procesales. Amparado en el artículo 24.2 de la Constitución, el derecho de dispensa, tutela a terceros en quienes concurren dichas condiciones, no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (STC 94/2010, de 15 de noviembre (LA LEY 208790/2010) y SSTS 550/2023, de 5 de julio (LA LEY 147512/2023); 159/2023, de 8 de marzo (LA LEY 30694/2023); 927/2022, de 30 de noviembre (LA LEY 288958/2022); 656/2022, de 29 de junio (LA LEY 142556/2022).

b) El precepto, es un mecanismo para evitar el conflicto de intereses que se crea en los parientes de las personas investigadas en un proceso penal entre, su deber como ciudadanos de comunicar unos hechos delictivos y la lealtad y afecto hacia su familia.

c) Ha de ser de interpretación restrictiva, así la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha venido advirtiendo que, en la medida en que nos hallamos frente a una excepción al régimen general que contempla la obligación de declarar (que dimana del artículo 410 LECr (LA LEY 1/1882)), la misma debe ser interpretada de forma restrictiva, sin desbordar los límites normativamente establecidos (STS 656/2022, de 29 de junio).

d) El momento en el que debe apreciarse la existencia de parentesco a efectos de aplicar el artículo 416 LECr, es aquel en que ocurrieron los hechos, aunque cuando declaren los cónyuges o personas unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial, ya se hayan separado de hecho o legalmente, el derecho persiste cuando la relación ha finalizado o se ha disuelto el matrimonio , salvo hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto, o supuestos en los que el testigo esté o haya estado personado como acusación particular (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013).

e) Es indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho, el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. La información de la dispensa y sus consecuencias debe ser clara. Debe entenderse que el deber de informar del derecho de dispensa, no sólo alcanza al juez, sino también a la Policía y al Ministerio Fiscal en las declaraciones que se lleven a cabo ante los mismos en la fase pre procesal (Cfr. SSTS 310/2021, de 12 de abril (LA LEY 25570/2021); 1010/2012, de 21 de diciembre (LA LEY 210030/2012) y 385/2007, de 10 de mayo (LA LEY 20352/2007)).

f) La dispensa también alcanza a los menores de edad, que puedan comprender el sentido de la dispensa (es decir, que tengan suficiente madurez). El interés del menor se erige en el criterio concluyente, por lo que debe ser oído (Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y artículo 416. 1.3 LECr (LA

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

LEY 1/1882)) en este sentido la STS 209/2017, de 28 de marzo, indicaba que "el acceso a la dispensa de declarar que incorpora el artículo 416.1 LECr no está supeditado a la mayoría de edad", sino que dicho derecho a ser oído debe valorarse en función de la edad y de la madurez del menor.

Así, la STS 329/2021, de 22 de abril, entra a analizar dicho asunto desarrollando cuáles son los diferentes límites de edad de los menores establecidos en nuestro ordenamiento. Así, expone que "con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC ). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC ), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio ( artículo 317 y 46 CC )". Así mismo, "el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales". La STS 1731/2021, de 23 de abril, establece que "Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar. (...)

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha admitido que el derecho a la dispensa pueda ser ejercido a través de su representante legal (padres o defensor judicial) pero sólo en caso de que el menor carezca de madurez (STS 225/2020, de 25 de mayo). No debe confundirse el derecho a ser parte procesal con el derecho a la dispensa. El progenitor que ejercita la acusación particular interviene procesalmente como representante legal del menor en su interés, pero sin que se precise su consentimiento, de ahí que pueda llevar a cabo esa intervención aún en contra de la voluntad del representado. Por otro lado, el ejercicio de acciones se limita a la realización de los actos procesales de parte encaminados al ejercicio de la acción ejercitada y no comprende el derecho a la dispensa, que es un derecho constitucional autónomo, por más que se ejerza dentro del proceso.

A partir de estas precisiones bien comprenderse que el ejercicio de la acusación particular por los padres no conlleva una renuncia expresa o tácita del menor a su derecho constitucional de ahí que el menor pueda ejercer la dispensa siempre que sus condiciones de madurez lo permitan".

Por todo ello el artículo 416 LECr fue modificado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

g) Como efecto principal, se deben considerar nulas y, en consecuencia, no utilizables, las declaraciones del testigo prestadas sin la previa advertencia de la dispensa, al no haber sido prestadas con todas las garantías (SSTS 927/2022, de 30 de noviembre (LA LEY 288958/2022); 329/2021, de 22 de abril (LA LEY 29590/2021), si bien se anula la declaración no el juicio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

La reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, incorporó cinco supuestos excluyentes, en los que no opera la dispensa:

**1º. Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección**

En el presente supuesto la excepción se recoge como un deber de comunicar situaciones de violencia sobre menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección, en el ámbito de la protección integral de la infancia y adolescencia, dado que muchas de las agresiones se producen en el ámbito familiar, precisamente para evitar que queden impunes, y atendiendo a la especial vulnerabilidad de las víctimas, menores o personas con discapacidad necesitadas por ello de especial protección. De acuerdo con esta excepción, la madre víctima de violencia de género, no podrá acogerse a la dispensa si sus hijos han sido víctimas de violencia, al igual que el tutor que los tenga bajo su cargo debiendo prevalecer el interés superior del menor o persona con discapacidad, frente a cualquier otro con el que entre en conflicto.

**2º. Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección**

Tratándose en el presente caso de delitos graves, conforme al artículo 13 del Código Penal, con víctima menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, no se exige que entre el testigo y la víctima medie ningún tipo de relación o vínculo, diferenciándose de la obligación de denunciar prevista en el artículo 261 de la LECr en que en ésta se incluye un catálogo de delitos en los que el pariente tiene la obligación de denunciar no precisando que sean delitos graves, sino los delitos previstos en dicho precepto, siendo la naturaleza de ambos preceptos distinta, pues el artículo 416 LECr obedece a la obligación de colaborar con la justicia.

**3º. Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver**

Se recoge en la presente excepción la norma de que la dispensa no sólo alcanza a los mayores de edad, sino que los menores que tengan suficiente juicio pueden acogerse a la misma, teniendo derecho a ser oídos, disponiéndose en esta tercera excepción de la dispensa de la obligación de declarar que los tribunales deben valorar si el menor tiene suficiente juicio para adoptar esa decisión de acogimiento a la dispensa, debiéndose analizar caso por caso si el grado de madurez del menor le permite adoptar una decisión respecto de la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

dispensa de la obligación de declarar, no fijando el legislador la edad a partir de la cual pueda entenderse una presunción de madurez, pudiendo recabar el juez el auxilio de peritos antes de resolver, conforme dispone el artículo 416.1.3º LECr. Y si se llega a determinar la incapacidad del menor para comprender el sentido de la dispensa, el mismo no podrá acogerse a la misma, teniendo la obligación de declarar. En el mismo sentido hay que pronunciarse respecto a las personas con discapacidad, pues se entiende que si comprenden el alcance de la dispensa podrán acogerse a la misma.

**4º. Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular**.

Esta excepción ha sido introducida como consecuencia de la evolución jurisprudencial y acorde con lo decidido en la STS nº 389/2020 de 10 de julio que modificó el criterio del Acuerdo de Pleno de 23 de enero de 2.018 , estableciendo que las víctimas, una vez constituidas en acusación particular, no recuperan el derecho a la dispensa de declarar contra su pareja o determinados familiares si previamente han renunciado a ejercer dicha posición procesal, de tal manera que el ejercicio de la acción penal constituyéndose en acusación particular impide invocar la dispensa, aunque posteriormente el testigo renuncie a personarse como acusación particular.

**5º. Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo**

En virtud de la presente excepción, cuando haya sido informado el testigo expresa y claramente de la dispensa de la obligación de declarar en una primera fase procesal y habiendo optado por declarar ante el Juez, decae la dispensa, por lo que no procederá informar al respecto en aquellas otras declaraciones que realice en posteriores fases procesales, debiéndose entender por fase procesal las realizadas en sede judicial tras el oportuno auto de incoación de diligencias, sin que pueda tenerse a las declaraciones prestadas en sede policial o en diligencias de investigación llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal como prestadas en fase procesal, por lo que el testigo podrá declarar en las diligencias policiales y posteriormente acogerse a la dispensa prevista en el artículo 416 LECr cuando acuda a declarar en el seno de unas diligencias judiciales, entendiendo aquellas como correspondientes a una fase preprocesal, no abarcado por la excepción ahora objeto de estudio, por lo que si se opta por declarar durante una investigación preprocesal no se perderá el derecho a acogerse a la dispensa cuando se abra el procedimiento judicial.

En este sentido señala la STS 389/2020, de 10 de julio (LA LEY 91109/2020)) que no se puede estar en cada caso a expensas de la voluntad del testigo, en cada momento procesal. Una vez que el testigo ha resuelto el conflicto con el pariente, primero denunciando y aceptando declarar durante el procedimiento a pesar de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

haber sido informado de su derecho a no hacerlo y de constituirse incluso en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley

## III. APLICACIÓN PRÁCTICA

Analizado el contenido de la dispensa y de sus excepciones de aplicación, cabría examinar el alcance de su aplicación.

Según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en 2021, el 71% de las denuncias fueron presentadas por la propia víctima y sólo un 10% de ellas se acogieron a la dispensa en sede judicial.

Estos datos revelan que muchas víctimas renuncian activamente a este derecho, precisamente en delito cometidos en el ámbito íntimo y familiar, en concreto en los delitos de violencia de género y violencia doméstica, por lo que perpetrándose en este ámbito de intimidad, el acogimiento de las víctimas y testigos a tal derecho de dispensa aboca al archivo o sobreseimiento de las diligencias por falta de prueba, sin que afloren los malos tratos que madre e hijos acogidos a tal dispensa pueden venir sufriendo, de ahí la importancia de las excepciones introducidas en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 416 de la LECr a fin de poder proteger a víctimas vulnerables de su presunto agresor y del control que éste pudiera venir ejerciendo sobre los mismos, siendo indispensable una correcta información a la víctima de las consecuencias que tal dispensa pudiera conllevar para la continuación del procedimiento, entendiendo que el derecho a acogerse a la misma debe ser un derecho y una decisión tomada por la propia víctima habiendo sido debidamente instruida de las consecuencias legales de tal dispensa para el procedimiento, puesto que ha de ser una decisión libre y consentida y entendiendo el alcance jurídico que pudiera tener en el curso del procedimiento.

## IV. CONCLUSIONES

La dispensa de declarar prevista en el artículo 416.1 de la LECr es un pilar fundamental del sistema de garantías procesales, pero su aplicación genera tensiones entre el derecho de defensa y la efectividad del proceso penal. La jurisprudencia ha ido delimitando sus contornos, especialmente en contextos de violencia familiar, pero la norma aún presenta elementos de ambigüedad que requieren intervención legislativa, debiendo buscarse un equilibrio real entre la protección de la intimidad familiar y el deber de colaboración con la justicia, con plena garantía de los derechos de las víctimas.

Es importante precisar que la dispensa alcanza a los parientes previstos en el artículo 416.1 LECr, sean mayores o menores de edad, no estando supeditado el acceso a la dispensa a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído atendiendo a su edad y madurez, y no viniendo fijada legalmente la edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez, es fundamental la apreciación del juez al

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

respecto, pudiéndose auxiliar de los peritos que estime pertinente en su caso, si bien se estima que una edad comprendida entre los 12 y 14 años puede entenderse ajustada para apreciar suficiente madurez.

Es de destacar la importancia de la dispensa en el ámbito de la violencia de género, al tratarse de delitos cometidos en la intimidad y en los que en muchas ocasiones es fundamental la declaración de la víctima, quien podría acogerse a la dispensa y verse abocado el procedimiento a la absolución del acusado sin que en estos casos el proceso penal tenga plena efectividad, pues ante la carencia de indicios o pruebas de la comisión de un hecho delictivo no cabe otro pronunciamiento que el sobreseimiento o absolución del acusado, sin que en estos supuesto se otorgue la efectiva y debida protección a la integridad de las víctimas, siendo elemental la debida información por Jueces y Tribunales del alcance de la dispensa a víctimas y el aseguramiento de la debida comprensión por parte de éstas de la dispensa que están ejercitando, y todo ello teniendo como base esencial que el derecho de dispensa es un derecho de los testigos, no del investigado o acusado a que sus familiares no declaren contra el mismo, y ello debiéndose partir del principio de que tanto los delitos de violencia de género como los de violencia doméstica, ámbito en el que resulta de aplicación mayoritariamente esta dispensa, son perseguibles de oficio, sin que se privatice la persecución de los mismos perdiendo por completo su efectividad el proceso penal en dicho ámbito en el que ha de partirse de la especial vulnerabilidad de las víctimas, parientes de los investigados, por lo que entra en juego la debida protección de la víctima, siendo por ello de vital importancia la debida información que debe facilitarse a la víctima del alcance de tal dispensa.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Fernández Escobar, J. B. (2023). La dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Diario La Ley, (10275).

López Garcá-Nieto, Isabel. Análisis de la nueva redacción del artículo 416 de la LECr, establecida por la Ley Orgánica 8/2021. Elderecho.com

Gimeno Sendra, V. (2015). Derecho Procesal Penal (2ª ed.). Aranzadi.

Rey Huidobro, Luis Fernando (2.024) Las dispensas de la obligación de declarar contenidas en el artículo 416 de la LECr., tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Diario La Ley

Ortega Calderón, J. L. (2021). Denuncia y artículo 416.1.5º LECr tras la reforma. El Derecho.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Blas Fernández Escobar, José (2.023) La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: regulación, cambio jurisprudencial y visión crítica hacia una mayor protección de lege ferenda. Diario la Ley nº 10275.

Sánchez Melgar, J. (2021). La dispensa de la obligación de declarar tras la STS 389/2020. ICAV Valencia.

LO 8/2021 de 4 de junio.

## VI. JURISPRUDENCIA

STS 389/2020, de 10 de julio (LA LEY 91109/2020)).

STS 329/2021, de 22 de abril (LA LEY 29590/2021).

STS 1731/2021, de 23 de abril.

STS 927/2022, de 30 de noviembre (LA LEY 288958/2022).

STS 656/2022, de 29 de junio.

Acuerdos de Pleno de 24 de abril de 2.013 y de 23 de enero de 2.018.

STS 225/2020, de 25 de mayo.

STS 209/2017, de 28 de marzo.

STS 310/2021, de 12 de abril (LA LEY 25570/2021).

STS 1010/2012, de 21 de diciembre (LA LEY 210030/2012)

STS 385/2007, de 10 de mayo (LA LEY 20352/2007).

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA POR EL TRIBUNAL PENAL Y EL DERECHO DE DEFENSA: A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2023 (C-175/22)

*Carlos Luis Herráiz Rivera*

Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Principio acusatorio. 1. Regulación. 2. Características del principio acusatorio. II. El supuesto sometido al Tribunal de Justicia. III. El derecho a conocer no solo los hechos, sino también su calificación jurídica. IV. La modificación de la calificación jurídica y la prohibición de la sentencia sorpresiva. V. La irrelevancia de que la nueva calificación sea más favorable. VI. La necesaria oportunidad de adaptar la defensa. VII. ¿Compromete la imparcialidad del tribunal plantear una nueva calificación? VIII. La propuesta de calificación alternativa realizada por el propio acusado. IX. Proyección sobre el proceso penal español: el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 1. Comentario al artículo 733 LECrim: la tesis de desvinculación. 2. Límites expresos del artículo 733. a) ¿Qué son los delitos perseguibles solo a instancia de parte? b) ¿Por qué el juez no puede plantear la tesis aquí? c) Conexión con la tesis de desvinculación en la doctrina del TJUE. X. Principio acusatorio e iura novit curia: una relación de equilibrio. XI. Valoración crítica. XII. El derecho a conocer no solo los hechos, sino también su calificación jurídica: la doctrina del TJUE y su reflejo en la tesis del artículo 733 LECrim. XIII. Conclusiones. XIV. Referencias normativas y jurisprudenciales*

**Resumen:** *La posibilidad de que el órgano jurisdiccional penal otorgue a los hechos una calificación jurídica distinta de la sostenida por la acusación constituye uno de los puntos de fricción clásicos entre el principio iura novit curia y las exigencias derivadas del principio acusatorio y del derecho de defensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2023, asunto C-175/22, BK, aborda esta cuestión desde la perspectiva del derecho del acusado a recibir información sobre la acusación reconocido en la Directiva 2012/13/UE. El Tribunal concluye que cualquier modificación de la calificación jurídica que pueda incidir en la estrategia defensiva debe ser comunicada al acusado con la antelación suficiente para permitirle ejercer de manera concreta y efectiva sus derechos de defensa, incluso cuando la nueva calificación no comporte una pena más grave. Esta doctrina presenta una especial relevancia para el proceso penal español y, particularmente, para la interpretación de las facultades de desvinculación del órgano sentenciador.*

## I. PRINCIPIO ACUSATORIO

*El principio acusatorio constituye una de las garantías esenciales del proceso penal. Su contenido no se limita a la necesidad de que exista una acusación formalmente formulada, sino que exige que el acusado conozca suficientemente aquello de lo que debe defenderse y disponga de una oportunidad efectiva para contradecir tanto*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*los hechos como su significación jurídica. (Sentencias del Tribunal Constitucional 278/2000; 174/2003; 174/2003; 123/2005; 155/2009; 198/200)*[1].

Esta exigencia plantea una cuestión especialmente compleja cuando el tribunal considera que los hechos sometidos a enjuiciamiento merecen una calificación jurídica diferente de la mantenida por las acusaciones. Aunque la Constitución no haga mención expresa al principio acusatorio, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el mismo trasciende al derecho de conocer la acusación y deriva de la consideración conjunta de los derechos de defensa, a la tutela judicial sin indefensión y a un proceso con todas las garantías conforme a la Constitución Española en su artículo 24. Ello obliga a incluir entre las garantías con rango de derecho fundamental los elementos estructurales del principio, cómo son la separación entre las funciones de instrucción, acusación, fallo y la vinculación del juzgador a los términos de la acusación.

El problema surge de la tensión entre dos principios. Por un lado, el habitual *iura novit curia*, conforme al cual corresponde al órgano jurisdiccional determinar la norma jurídica aplicable a los hechos. Por otro lado, el principio acusatorio y el derecho de defensa impiden que el acusado sea sorprendido en sentencia por una construcción jurídica frente a la cual no haya tenido una oportunidad real de defenderse.

El principio acusatorio exige que exista una acusación previa y que esta sea enunciada por un sujeto u órgano distinto de quien ha de juzgar. De este modo, se garantiza una doble finalidad: por un lado, se vita que una persona se vea sometida a un proceso penal sin que medie una acusación formal que lo justifique; por otro, se preserva la imparcialidad del juzgador, que no puede acumular en sí mismo las funciones de acusar y de juzgar. Además, el principio acusatorio exige que el objeto del proceso - es decir, el hecho imputado y la persona acusada - permanezca invariable a lo largo de todo el procedimiento. Solo así puede el acusado conocer con precisión de qué se le acusa y organizar su defensa de forma efectiva. Como consecuencia directa de ello, la sentencia únicamente puede pronunciarse sobre los sujetos que hayan sido previamente acusados y sobre los hechos esenciales contenidos en la acusación, sin que el tribunal pueda introducir hechos nuevos ni extender la condena a personas no acusadas.

Este principio se vincula estrechamente con otros derechos y garantías de naturaleza constitucional, en particular con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa.

[1] Principio Acusatorio epígrafe 70. Página 82. Bases constitucionales del Derecho Penal. Francis Lefebvre. ISB978-84-19896.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 1. Regulación

El principio acusatorio carece de reconocimiento explícito en la Constitución de 1978, pero la doctrina y la jurisprudencia constitucional lo consideran implícitamente integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional lo ha ido perfilando como una garantía derivada, precisamente, del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa, ambos también recogidos en dicho precepto.

En virtud de este principio, el proceso penal solo puede iniciarse mediante una acusación formal formulada por una parte distinta del órgano juzgador, de manera que el juez no puede ejercer simultáneamente funciones de acusación y de enjuiciamiento. Como consecuencia, el juzgador no puede condenar por hechos distintos de los recogidos en la acusación, no puede extender la condena a personas no acusadas y no puede introducir de oficio hechos o pruebas que no hayan sido aportados por las partes acusadoras.

## 2. Características del principio acusatorio

Existencia de una acusación previa: Debe existir una acusación formulada y fijada por un sujeto distinto de quien ha de juzgar el caso.

Información al acusado: El acusado tiene derecho a recibir información clara, completa y precisa sobre la acusación formulada contra él, lo que le permite articular su defensa dentro del proceso.

Correlación subjetiva y objetiva: la sentencia debe recaer únicamente sobre los sujetos previamente acusados y solo puede condenar o absolver en relación con los hechos esenciales contenidos en el escrito de acusación.

Ejemplo

Imaginemos que el Ministerio Fiscal acusa a una persona por un delito de hurto, art. 234 Código Penal, al considerar que se apoderó de un teléfono móvil ajeno sin violencia ni intimidación. Si durante el juicio oral resultase acreditado que, en realidad, el acusado empleó violencia sobre la víctima para arrebatarle el teléfono - lo que constituiría un delito de robo con violencia del artículo 237 CP -, el tribunal no podría condenar directamente por este último delito si tal calificación no ha sido introducida en la acusación y sometida a debate contradictorio, pues ello supondría alterar el hecho esencial objeto del proceso y vulneraría el derecho de defensa del acusado, que se preparó para defenderse de un hurto y no de un robo violento. Del mismo modo, si el Ministerio Fiscal solo dirige la acusación contra una persona, el tribunal no podrá condenar a un tercero que no haya sido formalmente acusado, aunque de la prueba practicada pudiera desprenderse su posible participación en los hechos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La STJUE de 9 de noviembre de 2023, dictada en el asunto C-175/22, BK[2], ofrece una respuesta particularmente relevante a esta cuestión. El Tribunal de Justicia interpreta el artículo 6.4 de la Directiva 2012/13/UE en el sentido de que el acusado debe ser informado previamente de la nueva calificación jurídica considerada por el tribunal y disponer de una oportunidad concreta y efectiva para defenderse frente a ella. El artículo 6.4 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo consagra el derecho a ser informado de cualquier cambio relevante en la acusación durante el transcurso del proceso penal. Su objetivo primordial es salvaguardar la equidad del procedimiento y el pleno ejercicio del derecho de defensa, impidiendo que el investigado o acusado se enfrente a giros inesperados en los cargos sin margen para reaccionar. "Los Estados miembros garantizarán que los sospechosos o acusados sean informados con prontitud de los cambios que se introduzcan en la información facilitada de conformidad con el presente artículo, cuando sea necesario para garantizar la equidad del procedimiento.

La importancia de la resolución trasciende el procedimiento penal búlgaro del que trae causa. Su doctrina obliga a reflexionar sobre los límites que el Derecho de la Unión impone a las facultades del juez penal para modificar la calificación jurídica de los hechos y presenta una evidente proyección sobre el proceso penal español.

## II. EL SUPUESTO SOMETIDO AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El procedimiento prejudicial tiene su origen en un proceso penal seguido en Bulgaria contra BK, funcionario investigador acusado por el Ministerio Fiscal de un delito de corrupción.

La acusación sostenía que BK había solicitado dinero a dos sospechosos a cambio de realizar determinadas actuaciones relacionadas con la devolución de unos vehículos y con la posibilidad de evitar que fueran acusados.

El acusado rechazó la calificación jurídica sostenida por el Ministerio Fiscal. Consideraba que las actuaciones que se le atribuían no pertenecían a sus competencias como investigador policial, sino a las del fiscal, y sostuvo que, en su caso, los hechos podían ser constitutivos de estafa.

El órgano jurisdiccional advirtió, además, otra posible subsunción: el tráfico de influencias.

El problema radicaba en que el Derecho procesal nacional permitía al tribunal condenar sobre la base de una calificación jurídica diferente de la formulada inicialmente por el Ministerio Fiscal cuando no existiera una modificación sustancial de los hechos y la nueva infracción no comportase una pena más grave.

[2] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62022CJ0175- Consultada el 28 de agosto del 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Sin embargo, el acusado no tenía necesariamente conocimiento de esta nueva calificación antes de la sentencia ni disponía de una oportunidad específica para formular alegaciones frente a ella.

La cuestión prejudicial se centró, por ello, en determinar si esta posibilidad resultaba compatible con el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 2012/13/UE [3] y con las garantías reconocidas por el Derecho de la Unión.

## III. EL DERECHO A CONOCER NO SOLO LOS HECHOS, SINO TAMBIÉN SU CALIFICACIÓN JURÍDICA

El punto de partida del Tribunal de Justicia es el artículo 6 de la Directiva 2012/13/UE.

Esta disposición obliga a los Estados miembros a garantizar que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de cuya comisión se le acusa, con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa.

Cuando el contenido de la acusación se presenta ante el tribunal, la información debe comprender la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación atribuida al acusado.

Por tanto, el objeto del derecho de información no queda circunscrito al conocimiento de los hechos.

El acusado debe conocer igualmente la significación jurídico-penal que se atribuye a esos hechos, porque la calificación jurídica condiciona necesariamente el modo en que se articula la defensa.

No es lo mismo defenderse de un delito de corrupción que hacerlo de una estafa o de un delito de tráfico de influencias. Cada figura presenta elementos típicos propios cuya concurrencia puede exigir una estrategia probatoria y argumentativa diferente.

El Tribunal de Justicia destaca precisamente que la información relativa a la calificación jurídica resulta indispensable para que el acusado pueda comprender aquello que se le imputa, organizar adecuadamente su defensa y, en su caso, demostrar que alguno de los elementos constitutivos de delito no concurre.

[3] https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2012-81001. Consultado el 15 de agosto de 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. LA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y LA PROHIBICIÓN DE LA SENTENCIA SORPRESIVA

La aportación fundamental de la sentencia se encuentra en la interpretación del artículo 6.4 de la Directiva 2012/13/UE.

El Tribunal admite que la información relativa a la acusación puede modificarse durante el procedimiento, incluida la calificación jurídica de los hechos. Sin embargo, esa modificación no puede producirse de manera que prive al acusado de la posibilidad de reaccionar eficazmente.

La defensa debe conocer la nueva calificación antes de la fase de deliberación y en un momento procesal en el que todavía pueda adaptar efectivamente su estrategia.

La exigencia no constituye una formalidad carente de contenido. El órgano jurisdiccional debe proporcionar al acusado una oportunidad real para ejercer sus derechos de defensa respecto de la nueva calificación.

Cuando el nuevo delito incorpora elementos constitutivos diferentes de aquellos correspondientes al delito inicialmente imputado, la necesidad de audiencia resulta especialmente evidente.

Pero la sentencia va más allá, incluso cuando la nueva calificación no incorpora elementos típicos completamente nuevos, puede resultar necesario permitir al acusado modificar su defensa. La razón es sencilla: conocida desde el inicio una calificación jurídica diferente, la defensa podría haber planteado el procedimiento de otro modo, formular distintas alegaciones o proponer otra actividad probatoria.

La cuestión fundamental no consiste, por tanto, únicamente en comprobar si los hechos permanecen inalterados, sino en determinar si el acusado ha podido defenderse efectivamente de la concreta calificación jurídica que finalmente fundamenta la condena.

## V. LA IRRELEVANCIA DE QUE LA NUEVA CALIFICACIÓN SEA MÁS FAVORABLE

Uno de los aspectos más significativos de la STJUE reside en el rechazo del criterio conforme al cual no existiría lesión defensiva cuando la nueva calificación jurídica comporta una pena inferior a la correspondiente al delito inicialmente acusado.

Para el Tribunal de Justicia, esta circunstancia carece de pertinencia.

La gravedad comparativa de las penas no determina por sí misma la existencia o inexistencia de indefensión.

El derecho de defensa protege la posibilidad de combatir eficazmente la acusación, no simplemente el derecho a no recibir una pena superior a aquella que podía imponerse conforme a la calificación inicial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Una calificación jurídicamente más benigna puede exigir una defensa sustancialmente distinta.

El acusado podría aceptar determinados extremos relevantes para combatir la primera acusación que, sin embargo, resultasen perjudiciales frente a la segunda. Podría también haber orientado de forma diferente los interrogatorios, la prueba pericial o documental o las propias conclusiones jurídicas.

Por ello, el TJUE establece una regla de especial trascendencia: la ausencia de agravación punitiva no sana la falta de contradicción respecto de la nueva calificación jurídica.

## VI. LA NECESARIA OPORTUNIDAD DE ADAPTAR LA DEFENSA

De la doctrina expuesta deriva una consecuencia procesal concreta.

Cuando el tribunal pretenda modificar la calificación jurídica, deberá comunicarlo al acusado o a su abogado con la debida antelación, en condiciones que permitan preparar eficazmente la defensa.

No basta, por consiguiente, con una comunicación puramente formal inmediatamente anterior a la sentencia.

La garantía exige que exista una posibilidad efectiva de reacción.

El propio Tribunal de Justicia deja al órgano jurisdiccional nacional la determinación del plazo necesario para preparar o modificar la defensa, atendiendo a las circunstancias particulares del procedimiento.

La duración de ese plazo dependerá, entre otros factores, de la entidad de la modificación, de las diferencias existentes entre los elementos típicos de ambos delitos y de la eventual necesidad de formular nuevas alegaciones o desarrollar actividad probatoria.

Lo decisivo es que la contradicción sea real y efectiva, y no meramente nominal.

## VII. ¿COMPROMETE LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL PLANTEAR UNA NUEVA CALIFICACIÓN?

La segunda cuestión abordada por la sentencia resulta igualmente relevante.

El órgano jurisdiccional remitente dudaba de que el hecho de comunicar al acusado una posible calificación alternativa pudiera comprometer la imparcialidad judicial.

El TJUE rechaza esta interpretación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La facultad del órgano jurisdiccional de modificar la calificación jurídica no vulnera por sí misma la presunción de inocencia ni la imparcialidad judicial reconocida en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[4].

Que el tribunal advierta que unos determinados hechos podrían ser subsumibles en un tipo penal distinto no significa que haya anticipado un juicio definitivo sobre la culpabilidad.

Existe una diferencia fundamental entre formular provisionalmente una hipótesis jurídica para garantizar la contradicción y prejuzgar la responsabilidad penal.

Precisamente, la comunicación previa de esa posibilidad constituye una garantía para el acusado.

El tribunal puede, por tanto, plantear de oficio una calificación jurídica alternativa siempre que no altere indebidamente su posición institucional y garantice al acusado una oportunidad concreta y efectiva de defenderse frente a ella.

## VIII. LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN ALTERNATIVA REALIZADA POR EL PROPIO ACUSADO

La sentencia examina asimismo una situación particularmente interesante: que sea el propio acusado quien sugiera una calificación jurídica alternativa.

El TJUE concluye que esa actuación no supone por sí misma una admisión de culpabilidad.

Defender que unos hechos, en caso de considerarse probados, deberían subsumirse en un determinado tipo penal no equivale necesariamente a reconocer que dichos hechos hayan sido cometidos.

Esta distinción resulta plenamente coherente con la práctica forense.

La defensa puede articular pretensiones subsidiarias sin abandonar su petición principal de absolución. Puede sostener, por ejemplo, que los hechos no han quedado acreditados y, subsidiariamente, que, incluso aceptando hipotéticamente el relato de la acusación, estos serían constitutivos de un delito distinto y menos grave.

La formulación de esta alternativa jurídica no puede interpretarse automáticamente como una declaración auto inculpatoria.

## IX. PROYECCIÓN SOBRE EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: EL ARTÍCULO 733 LECr

La doctrina establecida por el Tribunal de Justicia presenta una evidente conexión con el proceso penal español y, particularmente, con la denominada tesis de desvinculación.

[4] https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/char_2016/oj/spa

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[5] permite al tribunal, cuando considere que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, plantear a las partes una tesis jurídica alternativa. El tenor literal de este artículo es "Artículo 733.

Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiera el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el presidente del Tribunal emplear la siguiente fórmula: S*in que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fueren varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de… o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número… del artículo… del Código Penal.*

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia del juicio.

Esta facultad constituye precisamente un mecanismo destinado a conciliar el principio iura novit curia con las exigencias derivadas del principio acusatorio.

El tribunal no queda absolutamente vinculado a la calificación jurídica sostenida por las partes, pero tampoco puede convertir la sentencia en el primer momento en que el acusado conoce la verdadera significación jurídico-penal por la que va a ser condenado.

Desde esta perspectiva, la STJUE de 9 de noviembre de 2023 refuerza una interpretación garantista del artículo 733 LECr.

La tesis de desvinculación no debe contemplarse como una mera formalidad procesal destinada a permitir al tribunal modificar la calificación jurídica. Su verdadera función constitucional y europea consiste en evitar una condena sorpresiva y abrir un espacio efectivo de contradicción sobre la nueva subsunción jurídica.

Por ello, cuando la nueva calificación pueda afectar a la estrategia defensiva, la comunicación debe producirse en condiciones que permitan a la defensa pronunciarse realmente sobre ella.

[5] https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 1. Comentario al artículo 733 LECr: la tesis de desvinculación

El artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como "tesis" o planteamiento de la tesis, un mecanismo excepcional mediante el cual el Tribunal, sin haber sido instado por ninguna de las partes acusadoras, puede advertir a la acusación y a la defensa de que, a su juicio, el hecho enjuiciado podría merecer una calificación jurídica distinta de la sostenida en los escritos de conclusiones, o que podría concurrir una circunstancia eximente no alegada.

Fundamento y tensión con el principio acusatorio

Este precepto plantea una tensión evidente con el principio acusatorio, que, como hemos visto, exige que la acusación provenga de un sujeto distinto del juzgador y que la sentencia no pueda apartarse del objeto fijado por las partes acusadoras. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha ido perfilando los límites de esta facultad, entendiendo que el planteamiento de la tesis no vulnera el principio acusatorio siempre que:

No se introduzcan hechos nuevos, sino que se ofrezca una calificación jurídica distinta sobre los mismos hechos ya debatidos.

Se respete el derecho de defensa, dando a las partes la posibilidad real de conocer la nueva calificación propuesta y de articular su defensa frente a ella (de ahí que el propio artículo prevea la posibilidad de suspender la sesión si el fiscal o los defensores no se consideran suficientemente preparados para discutir la cuestión).

El delito alternativo no sea heterogéneo respecto del inicialmente acusado, es decir, que exista una relación de homogeneidad entre ambas calificaciones (mismo bien jurídico protegido, elementos esenciales comunes), de modo que no se sorprenda a la defensa con una acusación materialmente distinta.

Ejemplo de calificación heterogénea (NO permitida por el art. 733)

Si la acusación calificó los hechos como un delito de lesiones (art. 147.1 CP) y, tras la prueba practicada, el Tribunal entendiera que en realidad concurrió ánimo de matar y que los hechos son constitutivos de un homicidio intentado (art. 138 y 16 CP), no podría plantear la tesis, porque se trata de delitos que protegen bienes jurídicos distintos (integridad física frente a vida) y el cambio de calificación introduciría un elemento subjetivo (el dolo homicida) completamente ajeno al debate contradictorio planteado por la acusación. Admitir la tesis en este caso supondría una acusación sorpresiva y vulneraría el derecho de defensa.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ejemplo de calificación homogénea (SÍ permitida por el art. 733)

Supongamos que el Ministerio Fiscal acusa al procesado de un delito de hurto (art. 234 CP), por sustraer un bolso sin que mediara violencia ni intimidación sobre la víctima. Sin embargo, durante la práctica de la prueba en el juicio oral - por ejemplo, a través del testimonio de la propia víctima y de un testigo - queda acreditado que, en el momento de la sustracción, el acusado empujó violentamente a la víctima para arrebatarle el bolso y poder huir con él.

En este caso, el presidente del Tribunal sí podría hacer uso de la fórmula del artículo 733 LECr, planteando a las partes si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de robo con violencia conforme al art. 237 CP, en lugar de hurto. Ambos tipos penales protegen el mismo bien jurídico - el patrimonio -, comparten el elemento esencial del apoderamiento de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, y la única diferencia relevante radica en la concurrencia de violencia o intimidación como medio comisivo, un elemento fáctico que ya ha sido objeto de debate y prueba en el propio juicio. Por ello, no se sorprende a la defensa con un hecho o un bien jurídico distinto, sino que se le da la oportunidad de pronunciarse —y, si lo considera necesario, de solicitar la suspensión de la sesión— sobre una calificación jurídica más grave, pero homogénea, respecto de los mismos hechos ya enjuiciados.

¿Cuál es el sentido y alcance de la facultad que este precepto atribuye al Tribunal?

Se trata de una posibilidad de propuesta facultativa y de uso excepcional, de la que el Tribunal debe hacer un ejercicio moderado. La propuesta se circunscribe a una eventual nueva calificación jurídica del hecho justiciable, sin que, por tanto, el hecho en sí pueda ser modificado o alterado.

La relación entre principio acusatorio y derecho de defensa

El artículo 733 LECr permite advertir que el contenido y alcance de las garantías del principio acusatorio y del derecho de defensa no son coincidentes. El derecho de defensa está inserto dentro del principio acusatorio, pero su ámbito de aplicación es más extenso. Por ello, cabe que se vea afectado el derecho de defensa, aunque no llegue a vulnerarse propiamente el principio acusatorio.

Así, aun respetando la identidad sustancial del hecho objeto de acusación, la modificación del título jurídico de la condena puede llegar a afectar el derecho de defensa, porque este podría haberse articulado con una estrategia distinta - en lo relativo a las tesis jurídicas posibles - a la que el acusado no acudió por falta de aviso previo sobre la eventual aplicación de ese otro título jurídico.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

De ahí que, para poder condenar conforme a esa nueva calificación, el planteamiento de la tesis resulte exigible: al abrirse un nuevo debate, se ofrece a las partes la correlativa posibilidad de argumentar en torno a ese otro título jurídico de condena.

El límite: la intangibilidad del hecho

Ahora bien, el principio acusatorio - también tributario del derecho de defensa y de la imparcialidad del juzgador - priva al Tribunal de la oficiosidad de cualquier propuesta que implique una alteración sustancial del hecho tal como fue planteado por las partes.

En consecuencia

La facultad del artículo 733 permite al Tribunal introducir una calificación jurídica distinta a la sostenida por las acusaciones.

Pero no permite alterar el sustrato fáctico aportado por aquellas.

El mecanismo de garantía: la suspensión del juicio

Para hacer compatible esta facultad con el principio acusatorio, se arbitra la posibilidad de suspender el juicio, facilitando así el ejercicio del derecho de defensa frente a la nueva tesis planteada.

Y, en todo caso, la tesis no será efectiva si ninguna de las partes acusadoras la asume: el Tribunal puede proponerla, pero no puede imponerla si las acusaciones no la hacen suya (ATS de 8 de abril de 2022, recurso 3923/2021, entre otras, las Sentencias y el Auto STS 807/2022, de 7 de octubre, STS 28/2017, de 25 de enero). Todas las preguntas y respuestas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ley del Jurado: Vicente Magro Servet, Magro Servet Editorial, comentario al artículo 733 de la LECr, página 1336, párrafo 3[6].

## 2. Límites expresos del artículo 733 LECr

El propio precepto establece dos límites claros a esta facultad: No es aplicable a los delitos perseguibles solo a instancia de parte, en coherencia con el principio dispositivo que rige estos delitos. El límite de los delitos "solo a instancia de parte" Vamos a explicar este límite concreto del artículo 733 LECr.

[6] Título: Todas las preguntas y respuestas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Coordinador: Vicente Magro Servet. Editorial: Editorial Bosch. ISBN: 978-84-9090-783-2. Fecha de publicación: 1 de octubre de 2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**a) ¿Qué son los delitos perseguibles solo a instancia de parte?**

Son delitos en los que la ley exige que sea la propia víctima (o su representante) quien decida si quiere que se persiga el delito. Si la víctima no denuncia o no quiere seguir adelante, el Estado no puede perseguir el delito por su cuenta, aunque el Ministerio Fiscal o el juez tengan conocimiento de él. Ejemplos típicos: algunos delitos leves, ciertos delitos contra la intimidad o determinadas injurias y calumnias entre particulares.

Esto es distinto de la mayoría de los delitos (como un robo o unas lesiones "normales"), que son públicos: aunque la víctima no quiera, el Estado (a través del Ministerio Fiscal) puede perseguirlos igualmente, porque se entiende que afectan al interés general, no solo al particular.

**b) ¿Por qué el juez no puede plantear la tesis aquí?**

Porque en estos delitos manda lo que se llama el principio dispositivo: es la víctima quien decide si el proceso avanza o no, no el Estado. Si el juez pudiera "reconducir" de oficio la calificación hacia uno de estos delitos estaría invadiendo una decisión que solo le corresponde a la víctima, y no al tribunal.

Analogía sencilla: hay delitos que son "de la casa" (el Estado los persigue siempre, quiera o no la víctima) y delitos que son "de invitación" (solo se juzgan si la víctima expresamente invita a que se juzguen).

El juez, con el artículo 733, puede decir: "Oye, creo que esto encaja mejor en otro delito de los que persigue el Estado de oficio". Pero no puede decir: "Creo que esto encaja en un delito que solo se persigue si la víctima lo pide", porque ahí no es el juez quien decide si se persigue o no; es la víctima. Si el juez lo reconduce de oficio, estaría suplantando esa decisión que la ley reserva solo a ella.

Ejemplo práctico. Supongamos que el fiscal acusa por un delito público de daños. En el juicio se pone de manifiesto que, en realidad, los hechos encajarían mejor en un delito de los que solo se persiguen a instancia de la persona ofendida. Aunque el juez lo crea así, no puede plantear la tesis para reconducir la acusación hacia ese delito, porque sería el propio juez - y no la víctima - quien estaría decidiendo perseguir un delito que la ley reserva exclusivamente a la voluntad del ofendido. En ese supuesto, si el Ministerio Fiscal se ha equivocado de calificación, la solución no pasa por el artículo 733, sino por otras vías (o, simplemente, los hechos quedarían sin esa calificación alternativa).

No cubre los errores de calificación relativos a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes o agravantes) ni a la participación de cada procesado, cuestiones que quedan reservadas exclusivamente a la iniciativa de las partes acusadoras.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Además, la propia norma exige que esta facultad se use "con moderación", lo que refleja su carácter excepcional y subsidiario respecto del principio acusatorio, que sigue siendo la regla general del proceso penal español.

**c) Conexión con la tesis de desvinculación en la doctrina del TJUE**

La conexión que se apunta con la doctrina del Tribunal de Justicia (en materia, por ejemplo, de recalificación jurídica de los hechos en el ámbito de las garantías procesales de la Directiva 2012/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales) radica en que ambos ordenamientos —el europeo y el español— coinciden en admitir que el órgano judicial pueda apartarse de la calificación jurídica sostenida por la acusación, pero condicionando esa posibilidad a que se garantice el derecho del acusado a ser informado de forma detallada de la nueva calificación y a disponer de tiempo y facilidades suficientes para preparar su defensa frente a ella.

Es decir, la "desvinculación" del tribunal respecto de la calificación de la acusación se admite, pero nunca a costa de vaciar de contenido el derecho de defensa.

Ejemplo práctico

Supongamos un juicio oral en el que el Ministerio Fiscal acusa al procesado de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP, al entender que el resultado lesivo requirió tratamiento médico. Sin embargo, a lo largo de la práctica de la prueba - por ejemplo, tras el informe pericial médico-forense y las declaraciones de los testigos - el Tribunal aprecia que los hechos, tal y como han quedado acreditados, podrían ser constitutivos no de un delito de lesiones, sino de un delito de homicidio en grado de tentativa (art. 138 y 16 CP), al desprenderse de la prueba practicada un ánimo de matar que no fue apreciado inicialmente por la acusación.

En este supuesto, el presidente del Tribunal podría hacer uso de la fórmula prevista en el artículo 733 LECr, planteando a las partes si los hechos enjuiciados pudieran ser constitutivos de dicho delito de homicidio intentado, en lugar de lesiones. Ante ello, tanto el Fiscal como la defensa del procesado tendrían derecho a pronunciarse sobre esta nueva calificación y, si consideraran no estar suficientemente preparados para discutirla en ese mismo acto, podrían solicitar la suspensión de la sesión para preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, proponer nueva prueba en relación con el elemento subjetivo del delito (el dolo homicida), evitando así cualquier indefensión derivada del cambio de calificación jurídica planteado de oficio por el propio Tribunal.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## X. PRINCIPIO ACUSATORIO E *IURA NOVIT CURIA*: UNA RELACIÓN DE EQUILIBRIO

La sentencia no elimina el principio *iura novit curia* del proceso penal. "El tribunal conoce el derecho": las partes alegan los hechos, pero el juez es quien aplica la norma jurídica correspondiente, sin necesidad de que se la indiquen.

En el proceso penal, este principio choca con el principio acusatorio, que impide al juez condenar por algo distinto de lo acusado. Por eso, en España el *iura novit curia* queda limitado: el juez no puede cambiar libremente la calificación jurídica y condenar sin más. Solo puede hacerlo si antes lo somete a debate de las partes, que es justamente lo que permite el artículo 733 LECr (la "tesis"): el juez usa su conocimiento del derecho, pero da al Ministerio Fiscal y a la defensa la oportunidad de pronunciarse antes de decidir, evitando así indefensión.

El juez continúa siendo competente para determinar el Derecho aplicable y no queda necesariamente sometido a la concreta denominación jurídica utilizada por las acusaciones.

Lo que establece el Tribunal de Justicia es un límite procedimental a esa facultad.

La libertad del juez para seleccionar la norma aplicable termina allí donde comienza el derecho del acusado a no ser condenado sobre la base de una construcción jurídica frente a la cual no ha podido defenderse.

Puede afirmarse, por ello, que el TJUE desplaza el centro del análisis desde una concepción puramente formal del principio acusatorio hacia una perspectiva material del derecho de defensa.

La pregunta decisiva deja de ser exclusivamente si el tribunal ha modificado los hechos o ha impuesto una pena superior a la solicitada.

Debe preguntarse además si la nueva calificación jurídica habría podido determinar razonablemente una estrategia defensiva diferente.

Si la respuesta es afirmativa, la contradicción previa resulta imprescindible.

## XI. VALORACIÓN CRÍTICA

La doctrina establecida en el asunto BK merece una valoración positiva.

El proceso penal contemporáneo no puede concebir el conocimiento de la acusación como una garantía exclusivamente fáctica. Los hechos y su calificación jurídica constituyen conjuntamente el marco sobre el que se construye la defensa.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Una misma narración fáctica puede admitir distintas subsunciones jurídicas, pero cada una de ellas puede plantear cuestiones diferentes respecto del dolo, la autoría, los elementos normativos del tipo, las causas de justificación, el grado de ejecución o las formas de participación.

Permitir que el acusado conozca la calificación definitiva únicamente mediante la sentencia equivaldría a reconocerle un derecho de defensa frente a los hechos, pero no frente al fundamento jurídico concreto de su condena.

Especialmente relevante resulta la afirmación de que la menor gravedad de la nueva calificación no excluye la necesidad de contradicción.

Esta conclusión evita reducir el derecho de defensa a una mera comparación abstracta de penas y obliga a examinar la indefensión desde una perspectiva material.

La cuestión no es si la nueva calificación beneficia o perjudica al acusado en términos exclusivamente penológicos, sino si habría podido defenderse de otra manera de haberla conocido oportunamente.

## XII. EL DERECHO A CONOCER NO SOLO LOS HECHOS, SINO TAMBIÉN SU CALIFICACIÓN JURÍDICA: LA DOCTRINA DEL TJUE Y SU REFLEJO EN LA TESIS DEL ARTÍCULO 733 LECr

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2023, asunto C-175/22, viene a consolidar una concepción material del derecho a conocer la acusación, entendiendo que este no se agota en el conocimiento de los hechos imputados, sino que se extiende también a la calificación jurídica susceptible de fundamentar una eventual condena. El acusado, en definitiva, tiene derecho a saber no solo qué se le atribuye, sino bajo qué delito puede llegar a ser condenado por ello.

De esta sentencia se desprende que el tribunal puede modificar la calificación jurídica inicialmente sostenida por las acusaciones sin que ese solo hecho comprometa su imparcialidad; el juez no deja de ser imparcial por advertir un posible error de calificación y plantearlo a las partes. Ahora bien, cuando el órgano judicial pretenda hacer uso de esa facultad, debe informar al acusado o a su defensa con la suficiente antelación como para que puedan reaccionar de manera eficaz frente a la nueva calificación propuesta, sin que baste una mención tardía o meramente formal. Esta exigencia de contradicción opera, además, con independencia de que la nueva calificación comporte o no una pena más grave que la inicialmente sostenida por la acusación, pues lo relevante no es si el cambio perjudica más o menos al acusado, sino el hecho mismo de que se le haya dado una oportunidad real de defenderse frente a él. A ello se suma que, si es el propio acusado quien plantea subsidiariamente una calificación jurídica alternativa como estrategia de defensa, esa actuación no puede

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

interpretarse como un reconocimiento de culpabilidad ni como una renuncia a su derecho a no auto incriminarse.

Trasladada esta doctrina al ordenamiento procesal español, refuerza sensiblemente la función garantista que ya cumplía la denominada tesis de desvinculación del artículo 733 LECr, y obliga a interpretar las facultades del tribunal a la luz de las exigencias derivadas del derecho a la información en los procesos penales reconocido a nivel europeo. En definitiva, el principio *iura novit curia* sigue permitiendo al juez penal determinar la norma jurídica aplicable a los hechos enjuiciados, pero en ningún caso legitima una sentencia sorpresiva: la libertad de calificación jurídica del órgano jurisdiccional encuentra su límite en una exigencia elemental de todo proceso penal justo, y es que nadie debe ser condenado conforme a una calificación jurídica frente a la cual no haya tenido una oportunidad real, concreta y efectiva de defenderse.

Esta doctrina no surge de manera aislada, sino que se inscribe en una línea jurisprudencial consolidada del Tribunal de Justicia. Ya en la sentencia C-646/17, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Brindisi – Italia -), Proceso penal contra Gianluca Moro, se abordó el derecho del acusado a ser informado de cualquier modificación en la calificación de los hechos, distinguiendo entre el supuesto en que cambian los hechos mismos - en cuyo caso el acusado puede solicitar la aplicación de una pena pactada - y aquel en que únicamente varía la calificación jurídica sobre los mismos hechos, situación en la que ese derecho a la pena pactada no opera del mismo modo.

Por su parte, la STJUE de 5 de junio de 2018 (C-612/15, Kolev y otros), dictada por la Gran Sala, puso de manifiesto el delicado equilibrio que debe alcanzarse entre la persecución eficaz de los delitos - en aquel caso, los que afectan a los intereses financieros de la Unión - y el respeto incondicionado a las garantías procesales y los derechos fundamentales del acusado.

Finalmente, la STJUE de 21 de octubre de 2021 (C-282/20, ZX) precisó que los defectos o la falta de claridad de un escrito de acusación pueden subsanarse durante el proceso sin que ello suponga, por sí mismo, una vulneración del derecho de defensa, siempre que dicha subsanación se realice respetando las debidas garantías de información y contradicción.

## XIII. CONCLUSIONES

La STJUE de 9 de noviembre de 2023, asunto C-175/22, sentencia BK, consolida una concepción material del derecho a conocer la acusación.

El acusado tiene derecho a conocer no solamente los hechos que se le atribuyen, sino también la calificación jurídica que puede fundamentar su condena.

De la sentencia pueden extraerse cinco conclusiones fundamentales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Primera.** El tribunal puede modificar la calificación jurídica de los hechos sin que ello vulnere, por sí mismo, el principio de imparcialidad judicial.

**Segunda.** Cuando pretenda hacerlo, debe informar al acusado o a su defensa con la suficiente antelación para que pueda reaccionar eficazmente frente a la nueva calificación.

**Tercera.** La exigencia de contradicción existe incluso cuando la nueva calificación no comporta una pena más grave que la inicialmente sostenida por la acusación.

**Cuarta.** La circunstancia de que sea el propio acusado quien proponga subsidiariamente una calificación jurídica diferente no supone necesariamente reconocimiento de culpabilidad ni renuncia al derecho a no auto incriminarse.

**Quinta.** En el ordenamiento procesal español, esta doctrina refuerza la función garantista de la tesis de desvinculación y exige interpretar las facultades del tribunal a la luz del artículo 6 de la Directiva 2012/13/UE. En definitiva, el principio *iura novit curia* continúa permitiendo al juez penal determinar la norma aplicable a los hechos, pero no legitima la sentencia sorpresiva.

La libertad de calificación jurídica del órgano jurisdiccional encuentra su límite en una exigencia elemental del proceso penal justo: nadie debe ser condenado conforme a una calificación jurídica frente a la que no haya tenido una oportunidad real, concreta y efectiva de defenderse. Que ha tenido sus precedentes.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 13 de junio de 2019, C646/17, Gianluca Moros, se centra en el derecho del acusado a recibir información sobre cualquier modificación en la calificación de los hechos durante el proceso penal. El caso involucra a un acusado que confesó un delito, pero luego solicitó una pena pactada tras la modificación de la calificación jurídica de los hechos.

La sentencia establece que, aunque el acusado puede solicitar la aplicación de una pena pactada en caso de modificación de los hechos, no puede hacerlo en el supuesto de modificación de la calificación jurídica de los hechos. Esta interpretación se basa en el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2012/13/UE y el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 5 de junio de 2018, asunto C-612/15 (Kolev y otros), dictada por la Gran Sala, es una resolución clave en el derecho procesal penal europeo. Aborda el delicado equilibrio entre la obligación de perseguir eficazmente los delitos que afecten a los intereses financieros de la Unión y el deber absoluto de respetar las garantías procesales y los derechos fundamentales de los acusados.

STJUE de 21 de octubre de 2021, C-282/20, ZX (Subsanación del escrito de acusación). La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de octubre de 2021, asunto C-282/20 (ZX), es una resolución clave en el ámbito del derecho procesal penal europeo. Aborda el derecho a la información de los

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

acusados y la posibilidad de subsanar los defectos o la falta de claridad en el escrito de acusación sin vulnerar el derecho a la defensa.

## XIV. REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, especialmente su artículo 6. https://www.boe.es/

Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, sobre determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, especialmente sus artículos 3 y 7. https://www.boe.es/

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 47. https://fra.europa.eu/es/eu-charter/charter/article/47-derecho-la-tutela-judicial-efectiva-y-un-juez-imparcial

Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 733. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036

Buscador de la Unión Europea. https://eur-lex.europa.eu/protected/first-login.html

STJUE de 9 de noviembre de 2023. En el asunto C-175/22, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Spetsializiran nakazatelen sad (Tribunal Penal Especial, Bulgaria), mediante resolución de 8 de marzo de 2022, recibida en el Tribunal de Justicia el mismo día, en el procedimiento penal contra BK. Formato PDF.

STJUE de 13 de junio de 2019, C-646/17, Moro. Proceso penal contra Gianluca Moro (Procedimiento prejudicial - Cooperación judicial en materia penal - Directiva 2012/13/UE - Derecho a la información en los procesos penales. https://conflictuslegum.blogspot.com/2019/08/tribunal-de-justicia-de-la-union-europea.html . Formato PDF.

STJUE de 5 de junio de 2018, C-612/15, Kolev y otros. Procedimiento prejudicial - Artículo 325 TFUE - Fraude u otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea en materia aduanera - Efectividad de la acción penal - Clausura del proceso penal - Plazo razonable - Directiva 2012/13/UE - Derecho del acusado a recibir información sobre la acusación formulada en su contra - Derecho de acceso a los materiales del expediente - Directiva 2013/48/UE - Derecho a la asistencia de letrado». Formato PDF.

STJUE de 21 de octubre de 2021, C-282/20, ZX (Subsanación del escrito de acusación). Sentencia del Tribunal (Sala Décima) de 21 de octubre de 2021. Procedimiento penal contra ZX. Solicitud de decisión prejudicial del Tribunal Especial para los Infractores. Derecho nacional que no prevé un mecanismo procesal para subsanar errores y omisiones en el contenido de la acusación. Asunto C-282/20. Formato PDF.

Todas las preguntas y respuestas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado. Coordinador: Vicente Magro Servet. Editorial: Editorial Bosch. ISBN: 978-84-9090-783-2. Fecha de publicación: 1 de octubre de 2024.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL DELITO CONTINUADO Y LA COSA JUZGADA PENAL: BREVE COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA II, 69/2025 DE 30 DE ENERO

*Pedro Macías Montes*

Juez Sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

**SUMARIO:** *I. Planteamiento. II. Iter procesal. III. Principio de Legalidad en el Derecho Penal: Principio non bis in idem. IV. La Cosa Juzgada. V. El Delito Continuado. VI. Pronunciamiento de la STS 69/2025. VII. Conclusiones, VIII. Bibliografía y jurisprudencia*

## I. PLANTEAMIENTO

En la Sentencia 69/2025, de 30 de enero, la Sala II del Tribunal Supremo[1] *(Roj: STS 372/2025-ECLI:ES:TS:025:372),* de manera didáctica y sintética expone las líneas básicas de su doctrina acerca del tratamiento del *principio non bis in idem (o ne bis in idem)* y el *instituto de la cosa juzgada penal*, con relación al supuesto problemático que representa la figura del *delito continuado*. Particularmente, el acusado recurrente –condenado por la comisión de un delito de apropiación indebida-, consideró que fruto de la resolución judicial recurrida, se había vulnerado su derecho fundamental a la legalidad sancionadora (en su vertiente de derecho a no ser condenado doblemente por unos mismos hechos), por cuanto que, con anterioridad, ya había sido condenado como autor responsable penalmente de un delito continuado de estafa.

Resumidamente, la Sala II, en la sentencia 69/2025, concluirá que no es de apreciar el *instituto de la cosa juzgada* y no se produce vulneración del derecho a no ser doblemente condenado por unos mismos hechos, al establecer que: *La doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de procesos y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos y que, consiguientemente, no se admite en estos casos la excepción de cosa juzgada en la medida que no hay identidad fáctica (…), pues el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos examinados en la primera sentencia impide (…) que se integren o injerten otros de idéntica factura enjuiciados con posterioridad y que no obstante la posible continuidad inicial (…) ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento.*

Aunque con el fin de contemplar la necesaria proporcionalidad en aplicación del *principio non bis in idem* introduce una *corrección penológica*, a saber:

[1] STS. 2ª, nº 69/2025, de 30 de enero, Rc. 4956/2022.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*a) evitar que las penas impuestas en sentencias superen el marco penal correspondiente al hecho.*

*b) descontar en la segunda sentencia la pena impuesta en la primera.*

## II. ITER PROCESAL

Incoadas diligencias previas de procedimiento abreviado en el Juzgado de Instrucción nº 27 de Madrid, concluyeron con su continuación por los cauces del procedimiento abreviado y remisión para enjuiciamiento en primera instancia a la Audiencia Provincial. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, dictó Sentencia nº 50/2022, de 4 de febrero, por la que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un *delito agravado de apropiación indebida* con las penas de *4 años y 6 meses de prisión y multa de 14 meses con cuota diaria de 10 euros, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la consiguiente responsabilidad civil a la perjudicada.* Se le absolvió de la presunta comisión de un delito de estafa.

En los hechos probados, interesa matizar, que el acusado en su propio nombre convino con la perjudicada, la gestión de sus ahorros de la manera que produjeran mayor rentabilidad, entregando ésta cantidades de dinero para destinarlas a operaciones de inversión que el acusado no liquidó, incorporando a su patrimonio y ofreciendo en reconocimiento de deuda la entrega de efectos mercantiles contra su propia cuenta personal.

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, se interpusieron sendos recursos de apelación por el acusado y la perjudicada, ante la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J. de Madrid, en tanto Sala de lo Penal, la cual dictó Sentencia nº 168/2022, de 4 de mayo, por la que únicamente se estimó y en sentido parcial el recurso de apelación interpuesto por el acusado, desestimando el interpuesto por la perjudicada. En la *Parte Dispositiva* o *"Fallo"* de la sentencia dictada en grado de apelación, interesa destacar, que desestimó la pretensión principal de declaración de cosa juzgada, admitiendo la subsidiaria de haber sido ya el recurrente condenado en sentencia de 14 de junio de 2.021, dictada por la Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, reduciendo las penas impuestas a prisión de 1 año y 6 meses y multa de 3 meses manteniendo la cuota diaria de 10 euros.

Frente a la sentencia de apelación, por el acusado se interpuso recurso de casación, apoyado sobre cuatro motivos, de los cuales, interesa señalar únicamente el primero: *infracción de precepto constitucional de los artículos 852 de la LECr y 5.4 de la LOPJ, en su vertiente reconocida a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.*

Mantuvo el recurrente, quebranto del *principio non bis in idem* denunciando que no se le aplicara la *excepción de cosa juzgada*, en tanto entiende que los hechos por los que ha sido condenado debieron haber sido vistos e

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

incluidos en los hechos que se juzgaron en la sentencia de 14 de junio de 2.021, dictada por la Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, y en la que se le condenó como autor responsable penalmente de un delito continuado de estafa que afectó a 13 perjudicados.

Argumentó el recurrente, que la dinámica comisiva en los hechos enjuiciados en ambos procesos fue idéntica, consistiendo siempre en convencer a una serie de personas, para que entregaran diferentes cantidades de dinero, con la promesa de obtener un porcentaje de rentabilidad superior, garantizándoles la devolución del principal y pago de intereses, mediante entrega de efectos mercantiles contra su cuenta personal. Los hechos enjuiciados se enmarcaron en los sucedidos en los años 2.015 y 2.016 ya juzgados con anterioridad, por lo que considera la concurrencia de identidad subjetiva y objetiva a efectos de apreciar la excepción de cosa juzgada.

## III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL: "PRINCIPIO NON BIS IN IDEM"

El principio de legalidad constituye el principio general y básico de los informadores del Derecho Penal, al integrar la garantía máxima del ciudadano. Enunciado por Feuerbach (creador de la Escuela del Derecho Penal Liberal), a través de su famosa cita, *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege,* puede definirse diciendo que *no puede imputarse a nadie un delito, ni castigarse con una pena, que no hayan sido establecidos por ley anterior a su perpetración*. Con un precedente histórico en el Código de Hammurabi (aproximadamente en el año 1.780 a. C.) y la *Lex Duodecim Tabularum* en el Derecho Romano, se consagra definitivamente a impulsos de los autores ilustrados como Cesare Beccaria Bonesana *(De los delitos y de las penas),* siendo actualmente recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York, el 16 de diciembre de 1.966. Como principio informador, supone que la única fuente formal del Derecho Penal es la norma jurídica positiva, entendida como ley escrita, conllevando para la seguridad jurídica y la libertad del ciudadano, una serie garantías a saber[2]:

a) *Garantía criminal (nullum crimen sine lege):* No hay delito sin que la ley especifique o tipifique en qué consiste la acción delictiva, careciendo los tribunales de facultades para considerar como delitos hechos distintos a los que se consignan en la ley. La consagración de esta garantía se encuentra actualmente en el art. 1.1. del Código penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) que establece que *no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración.*

b) *Garantía penal (nulla poena sine previa lege):* La ley tiene que determinar claramente la clase de pena que procede imponer a cada delito, no pudiéndose ser indeterminada en su duración ni imponerse pena distinta de la señalada por la ley. La consagración de esta garantía se encuentra en el art. 2.1. del Código

[2] DERECHO PENAL ESPAÑOL Parte General, José María Rodríguez Devesa, 5ª Edición, Madrid 1976, pp. 138-144.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

penal al establecer que *no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración.*

c) *Garantía judicial (nemo damnetur nisi per legale iudicium):* No hay pena sin juicio legal, de modo que la autolimitación del Estado por sus propias leyes precisa del complemento indispensable del control jurisdiccional. Esta garantía se consagra en el art. 3.1. del Código penal al decir que *no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.*

d) *Garantía de ejecución:* prevista en el art. 3.2. del Código penal que determina que la pena sea ejecutada en la forma prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General Penitenciario en su desarrollo y ejecución).

Formando parte de este principio de legalidad, se encuentra el *principio non bis in idem o ne bis in idem* que equivale a la prohibición de sancionar doblemente un mismo hecho. En la práctica, surgió de la confluencia de la actuación de los tribunales penales y del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública: en tanto que una misma conducta, sea constitutiva simultáneamente de delito y de infracción administrativa, y que los órganos sancionadores de uno y otro ámbito traten de desplegar sobre la misma la actividad que le es propia.

Durante mucho tiempo, y por influjo de la doctrina del Consejo de Estado Francés, la mayoría de autores, estuvieron de acuerdo en que la potestad sancionadora de la Administración Pública era independiente del orden jurisdiccional penal, y que por tanto, un mismo hecho podía ser objeto de una doble sanción penal y administrativa. Doctrina que recogió nuestro Tribunal Supremo, declarando que no existía incompatibilidad entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contencioso-administrativa, y por tanto, entre la corrección gubernativa que la segunda podía confirmar en su función revisora y la pena impuesta por un tribunal ordinario ya que la una y la otra, se desenvolvían en ámbitos distintos (Sentencias de 20 de febrero y 12 de mayo de 1.978, entre otras).

Un cambio de orientación se inicia con el Real Decreto Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público, que admite por vez primera, que unos mismos hechos atentatorios contra el orden público no puedan ser objeto de sanción penal y sanción administrativa. Su art. 2, disponía efectivamente que: *No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para que ésta proceda a su enjuiciamiento.* Siendo que con la Constitución Española de 1.978, cuando se produce el cambio radical. El Tribunal Constitucional, ha declarado que si bien el principio "non bis in idem" no se encuentra expresamente recogido en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la C.E., que reconoce y garantiza los derechos fundamentales y libertades públicos susceptibles de recurso de amparo (ex art. 53.2. de la C.E.), no cabe silenciar que el mismo va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad reconocidos principalmente en el art. 25 de la C.E., y por tanto formando parte del contenido del *derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora* (SSTC 2/1981, 72/1983, 87/1986, 234/1991, por todas).

Posteriormente, el principio "non bis in idem", fue recogido en varias leyes sectoriales de carácter administrativo: art. 112 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; art. 33 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; o el art. 32 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de Seguridad Ciudadana.

Mas su consagración definitiva en el derecho positivo, se establecía en el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actualmente derogado por el art. 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, al establecer que: *No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*[3].

Es de mencionar, además, la STC 221/1997, de 4 de diciembre *(ECLI:ES:TC:1997:221)*, que acerca de este principio recogió expresamente que *supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas*[4].

## IV. LA COSA JUZGADA

La STS. 69/2025, de 30 de enero, partiendo de la consideración expuesta acerca del derecho fundamental a la legalidad sancionadora, distingue en el principio "non bis in idem" una vertiente material prescriptiva de la doble sanción, y un tratamiento o proyección procesal que descansa en el instituto de la cosa juzgada. Sobre esta última, expone las líneas básicas de su doctrina, declarando que para su apreciación es necesaria la concurrencia de una *identidad de los hechos, objetiva y subjetiva*. Ya la Audiencia Provincial de Madrid, Sección

[3] DERECHO PENAL, Parte General, Volumen I, Editorial Carperi, 2020, tema 1.
[4] STC nº 221/1997, de 4 de diciembre, Sala I, Rc. 4466/1996, B.O.E. nº 11, 13 de enero de 1.998.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

15ª, Sentencia nº 332/2021 de 21 de junio *(SAP M 7430/2021 - ECLI:ES:APM:2021:7430)*, recogió que es doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo *que los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en materia penal, la identidad del hecho y de la persona inculpada. En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las sentencias 1606/2002, de 3 de octubre, la de 29 de abril de 1993 y la de 23 diciembre 1992, cuando afirman que han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal*[5].

Sintetizando su doctrina, la sentencia cita a la STS. 846/2012, de 5 de noviembre *(STS 7752/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7752)*, que establece que: *para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el ámbito del proceso penal, y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó*[6].

Acerca del requisito de la *identidad subjetiva*, la STS 69/2025, establece pues, que ha de proyectarse únicamente sobre el sujeto activo del delito por ser la persona frente a la que se dirige la acusación, y por tanto ser él, quien resulta amparado por la proscripción que representa el principio "non bis in idem".

Acerca del instituto de la cosa juzgada, es de manifestar que ni la Constitución Española, ni el Código penal, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal, definen que haya de entenderse por cosa juzgada, siendo sólo mencionada como artículo de previo pronunciamiento en el art. 666.2ª de la ley rituaria. Sí lo hace el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que recogiendo el efecto preclusivo consecuencia de la aplicación del principio "non bis in idem", establece que: *No se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído sentencia firme o auto, también firme, de sobreseimiento definitivo o libre.* La cosa juzgada penal, evita consiguientemente, que una misma persona sea enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos, razón por la que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la regula como artículo de previo pronunciamiento, esto es, como causa que excluye el juicio, ya que al ser estimada, se dictará auto de sobreseimiento libre *(ex art. 675 de la LECr)*.

En cuanto a los requisitos o identidades que han de concurrir para apreciar cosa juzgada, se distingue entre identidad subjetiva y objetiva.

[5] A.P. Madrid, Sección 15ª, Sta. 332/2021, de 21 de junio, Rc. 753/2021.
[6] STS. 2ª, nº 846/2012, de 5 de noviembre, Rc. 2307/2011.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La identidad subjetiva, viene referida exclusivamente a la persona del inculpado con objeto de impedir que se juzgue a una misma persona por los mismos hechos punibles (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1.984 y 12 de julio de 1.985, por todas).

La identidad objetiva o del hecho, viene referida a una perspectiva naturalística de los hechos, aunque doctrinalmente también tuvo acogimiento una consideración normativa. Decía *Beling*, en este sentido, que el hecho constituye el objeto normativo, por cuanto que sin la norma o ley penal no se disponía de criterios para resolver la cuestión de la identidad del hecho (objeto normativo). Y para *Gómez Orbaneja,* el objeto normativo, sería el que se construye atendiendo a una determinada conducta o acción humana en torno a la cual gravitan todos los demás elementos que concurren o forman la noción de delito. Esta teoría del objeto normativo, en cambio, es insuficiente para explicar las distintas formas de participación en el delito, siendo desbordada atendiendo a criterios del bien jurídico lesionado o la conexión de comportamientos. Como concluiría *De la Oliva Santos,* hay cosa juzgada penal, cuando en un segundo proceso aparecen unos hechos que ellos mismos o junto con otros, fueron juzgados en el primero aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, siempre que el objeto normativo sea el mismo. Y también, si el cambio de un proceso a otro, se refiere a la forma de autoría o consiste en variar de ésta a la complicidad o al encubrimiento[7].

Problema especial se plantea en el supuesto de la figura del *delito continuado*, por cuanto que la cosa juzgada afecta no sólo a todos los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, sino a todos aquellos realizados con anterioridad al proceso aunque no hayan sido objeto de acusación. La dificultad se plantea, y así lo trata la STS 69/2025, en concretar cuándo hay identidad del hecho para apreciar la excepción del instituto de la cosa juzgada en el delito continuado.

## V. EL DELITO CONTINUADO

Sabido es, que al ser el delito una categoría jurídica, la figura del *delito continuado* constituye una construcción dogmática sobre la base de la unidad jurídica de la acción, cuando el sujeto activo en sus diferentes acciones infringe idéntica norma penal y en atención al propósito de este se sustraen del ámbito del concurso de delitos, para considerarse un solo delito y como excepción a la regla de la acumulación aritmética de penas. Se recoge expresamente en el art. 74.1 del Código penal al establecer que: *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o*

[7] DERECHO PROCESAL PENAL, Editorial Carperi, 2020, tema 20.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior (…).*

Se dice que existe el *delito continuado (delictum continuatum)*, cuando una persona realiza diversos actos, cada uno de los cuales integra una figura de delito, pero que, a efectos de penalidad, se consideran como la ejecución parcial de una sola y única infracción *-criterio puramente objetivo, como el conjunto de varias acciones que realizan el mismo tipo fundamental, siempre que hayan sido cometidas aprovechando la misma ocasión o por razón de ella,* en la tesis de Hippel y Honing-. La tesis del delito continuado es una de las más discutidas en la doctrina y práctica jurisprudencial, no sólo por el problema de su consideración penal, sino también por la diversidad de pareceres existentes en orden a los requisitos que se estiman indispensables para la determinación de esta figura delictiva.

Sería *Farinacio*, uno de los primeros autores que se ocupan de él y lo justifica "pietatis causa" con el fin de obtener una benignidad a favor del reo. Su consagración en el derecho positivo se produjo con el *Código de Toscana de 1.795,* pasando a los códigos penales italiano, holandés o sueco y sudamericanos como lo de Perú y Chile. En nuestra legislación penal, sería el Código penal de 1.928 el que lo recogiera, aunque de forma imperfecta antes de pasar al actual Código penal de 1.995.

Acerca de su naturaleza jurídica, se discute sobre si la figura del *delito continuado* responde a una ficción jurídica o por el contrario se trata de una unidad real. Pueden distinguirse en este aspecto dos sistemas: el *sistema restrictivo o subjetivo* seguido en la doctrina italiana, y el *sistema amplio u objetivo* propio de la doctrina alemana.

Para el sistema restrictivo o subjetivo, el delito continuado existe siempre que concurran las siguientes circunstancias:

*a) Unidad de resolución en el sujeto activo*

Las resoluciones criminosas que presiden cada una de las acciones particulares deben tener entre sí una conexión única, respondiendo a un sólo delito o intención.

*b) Unidad de disposición legal*

Si las diversas acciones realizadas pueden subsumirse en distintos preceptos penales, existirían diversas infracciones y, por ende, un concurso de delitos.

*c) Pluralidad de acciones*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Es de destacar, en cambio en la doctrina italiana, la tesis de *Alimena* que lo considera único subjetiva y objetivamente. Subjetivamente, porque la resolución es única, único el dolo y desde el primer momento se tiene la representación de todas las acciones sucesivas. Objetivamente, porque no importa que las cosas que se quieren obtener se consigan de una sola vez o en varias veces consecutivas.

Para el sistema amplio u objetivo, el delito continuado requiere de una unidad de ocasión, similitud del tipo, unidad del bien jurídico protegido o lesionado y una homogeneidad en la ejecución.

La doctrina de nuestro Alto Tribunal, en posición ecléctica, requiere para la existencia del delito continuado de una unidad de resolución, unidad del bien jurídico lesionado o protegido, unidad de ley violada y unidad del sujeto pasivo.

Sobre su punibilidad, se ha discutido sobre si el delito continuado debe merecer los favores de la conceptuación atenuada de la ley o, por el contrario, debía ser considerado como una figura agravada. Su razón histórica y causal, exige la primera solución, aunque algunos autores sostuvieron que denota una mayor peligrosidad que el delito único al persistir la conducta criminal. La doctrina legal se decantó por el punto de vista atenuatorio y hoy, el legislador opta por una penalidad proporcional al establecer la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior[8].

## VI. PRONUNCIAMIENTO DE LA STS. 69/2025

Expuesto lo anterior, en el difícil problema de determinar cuándo hay identidad del hecho para apreciar la excepción del instituto de la cosa juzgada, la Sala II, indica en un sentido ontológico, que observados desde una óptica naturalista no habría identidad de hechos entre las distintas acciones que integran la previsión del art. 74.1 del Código penal. Consecuentemente – dice la sentencia -, falta identidad entre los hechos y excluirá la excepción de cosa juzgada impidiendo que pueda contrariarse el principio "non bis in idem", si con posterioridad a someterse a proceso a una persona por un delito continuado, es enjuiciada y condenada por otro comportamiento delictivo de semejante naturaleza.

Sin embargo, dice la Sala II, nuestro ordenamiento jurídico penal define una unidad típica de acción para el delito continuado, esto es, *una unidad jurídica de la acción,* cuando las diversas acciones se ejecutan siguiendo un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión realizándose un conjunto de comportamientos que infringen el mismo precepto penal u otro de semejante naturaleza. Las actuaciones así se unifican y pasan a ser objeto de una única valoración jurídica. Consecuentemente –dice la sentencia- existirá identidad de hechos

[8] DERECHO PENAL, Federico Puig Peña, Tomo I, Licili, 2ª Edición, Barcelona 1950, pp. 597-604.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que determina la excepción de cosa juzgada (haciendo referencia a la dimensión jurídica o normativa de los hechos) y cualquier enjuiciamiento o condena por acciones integrables en un delito continuado sí quebrantaría la interdicción de un doble proceso penal.

Distingue la Sala II, aquellos supuestos en los que el procedimiento inicial haya terminado con sentencia absolutoria, la posterior punición de comportamientos no enjuiciados en aquél no puede quebrantar la prohibición de la doble sanción, sencillamente porque no ha existido (STS. 980/2013, de 14 de noviembre).

En cambio, si el procedimiento inicial termina con sentencia condenatoria, nuestro Alto Tribunal, se decanta por un criterio o sentido ontológico rescatado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su Sentencia de 9 de marzo de 2.006 *(Asunto C-436/04, Van Esbroeck)*, al resolver una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación del art. 54 de Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1.985. En esta sentencia el TEDH, concluyó que a efectos de la aplicación del art. 54 citado, la identidad de hechos está referida a los hechos materiales, esto es, *como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido.*

De esta forma, la Sala II resuelve que, en estos supuestos, la continuidad delictiva quedaría rota por el enjuiciamiento anterior, y no impediría desde un punto de vista naturalístico el enjuiciamiento posterior de la conducta integrable para evitar su impunidad, no apreciándose identidad de hechos a efectos de cosa juzgada y vulneración de la prohibición de la doble sanción. En palabras de la STS 50/2015, de 28 de enero *(STS 489/2015-ECLI:ES:TS:2015:489)*[9] citada por la STS. 69/2025: *la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de procesos y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos y que, consiguientemente, no admite en estos casos la excepción de cosa juzgada en la medida en que no hay identidad fáctica ( SSTS 751/1999, de 11 de mayo, o 934/1999, de 8 de junio), pues el previo enjuiciamiento separado e individualizado de los hechos examinados en la primera sentencia impide que en aquellos hechos ya enjuiciados se integren o se injerten otros de idéntica factura pero que son enjuiciados con posterioridad y que por ello, no obstante la posible continuidad inicial que podría haberse contemplado, ésta ha quedado rota por aquel previo enjuiciamiento.*

La Sala II, no obstante concluir que no cabe apreciar la excepción del instituto de la cosa juzgada, se muestra respetuosa con la dimensión constitucional del *principio non bis in idem* que forma parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora previsto en el art. 25 de la C.E., y evita que el autor que ya ha sido condenado con anterioridad por hechos que normativamente integrarían continuidad

[9] STS. 2ª, nº 50/2015, de 28 de enero, Rc. 20378/2013.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

delictiva, pueda resultar penológicamente perjudicado por un fraccionamiento procedimental que surge del azar y del que no es responsable y que desemboca en una reacción punitiva desproporcionada y ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador para el delito continuado (SSTC 180/2004, 188/2005 y 48/2007, entre otras).

En aras al principio de proporcionalidad de la pena, la doctrina de la Sala II, introduce en estos casos *una corrección penológica*, que conduzca a la imposición de la pena legalmente prevista y evitar la demasía que puede generar la doble pena impuesta en ambos enjuiciamientos, de dos maneras:

- Evitar que las penas impuestas superen en su conjunto, el marco penal correspondiente al hecho delictivo.
- Descontar en la segunda sentencia la pena impuesta en la primera sentencia.

En consecuencia, la STS. 69/2025, desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado, confirmando la corrección de la penalidad efectuada que en aplicación de su doctrina hace la sentencia apelada del T.S.J. de Madrid, al no apreciar excepción de cosa juzgada con los hechos constitutivos de delito continuado de estafa y condenado en la sentencia de la A.P. Madrid de 14 de junio de 2.021; más, aplicando la corrección penológica de reducir la pena impuesta en la primera instancia de no superar el marco legal punitivo, por cuanto que el acusado ya fue condenado por hechos que normativamente habrían podido incluirse por continuidad en los hechos condenados en la segunda instancia, respetando así el principio de proscripción de la doble sanción.

## VII. CONCLUSIONES

De la STS. 69/2025, de 30 de enero, podemos extraer como conclusiones relevantes acerca del tratamiento y aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito del delito continuado y la cosa juzgada, las siguientes:

**1º.** El principio *non bis in idem o ne bis in idem*, está unido íntimamente al principio de legalidad y tipicidad, formando parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad sancionadora previsto en el art. 25 de la Constitución Española y su tratamiento procesal se articula a través del instituto de la cosa juzgada.

**2º.** Para apreciar el instituto de la cosa juzgada, en materia penal, es necesaria la concurrencia de una identidad de hechos, subjetiva y objetiva. La identidad subjetiva, vendrá referida a la persona del sujeto activo. La identidad objetiva, vendrá referida a la perspectiva naturalística de los hechos aunque con reservas se adopta también una consideración o dimensión jurídica de los hechos.

**3º.** Tratándose de delito continuado, para apreciar la excepción de cosa juzgada, se estará a la dimensión normativa de los hechos y así:

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a) En los casos de procedimiento inicial con sentencia absolutoria firme: no existe quebrantamiento de la prohibición de la doble sanción sencillamente porque no ha existido.

b) En los casos de procedimiento inicial con sentencia condenatoria firme: La Sala II, sigue el criterio o sentido ontológico, de forma que la continuidad delictiva quedaría rota por el enjuiciamiento anterior, y no impediría el enjuiciamiento posterior de la conducta integrable para evitar su impunidad, no apreciándose identidad de hechos a efectos de cosa juzgada y vulneración de la prohibición de la doble sanción.

**4º.** Introducción de una corrección penológica para evitar la desproporción que puede suponer la doble penalidad impuesta en ambos enjuiciamientos, de dos maneras:

a) Evitar que las penas impuestas superen en su conjunto, el marco penal correspondiente al hecho delictivo.

b) Descontar en la segunda sentencia la pena impuesta en la primera sentencia.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

DERECHO PENAL ESPAÑOL Parte General, José María Rodríguez Devesa, 5ª Edición, Madrid 1976.

DERECHO PENAL, Parte General, Volumen I, Editorial Carperi, 2020,

DERECHO PENAL, Federico Puig Peña, Tomo I, Licili, 2ª Edición, Barcelona 1950.

STS. 2ª, nº 69/2025, de 30 de enero, Rc. 4956/2022.

STC nº. 221/1997, de 4 de diciembre, Sala I, Rc. 4466/1996, B.O.E. nº. 11, 13 de enero de 1.998.

A.P. Madrid, Sección 15ª, Sta. 332/2021, de 21 de junio, Rc. 753/2021.

STS. 2ª, nº. 846/2012, de 5 de noviembre, Rc. 2307/2011.

STS. 2ª, nº. 50/2015, de 28 de enero, Rc. 20378/2013.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 519/2026, DE 23 DE JULIO. NULIDAD DE LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA POR CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD Y DISOLUCIÓN ANTICIPADA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

*Sofía Maraña García*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Hechos enjuiciados. III. Resoluciones de instancia y apelación. IV. Motivo del recurso de casación. 1. Planteamiento de la controversia por el Ministerio Fiscal. 2. La doctrina de la conexión de antijuridicidad: origen constitucional y elaboración científica. 3. El debate doctrinal sobre la conexión de antijuridicidad: entre la fundamentación y la crítica. 4. Requisitos constitucionales de la intervención telefónica: indicios, motivación y proporcionalidad. 5. Resolución de la impugnación por la Sala Segunda. 6. La disolución anticipada del Tribunal del Jurado: apunte doctrinal. 7. Fallo. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

**Resumen:** *El Tribunal Supremo, en su STS nº 519/2026, de 23 de julio, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que confirmó la disolución anticipada del Tribunal del Jurado y la libre absolución de dos acusados de los delitos de infidelidad en custodia de documento y cohecho. La controversia gira en torno a la nulidad, por conexión de antijuridicidad, de una intervención telefónica cuyos indicios habilitantes procedían, en su práctica totalidad, de una intervención de conversaciones en el interior de vehículos previamente anulada. La Sala Segunda aplica la clásica doctrina constitucional sobre la conexión de antijuridicidad (STC 81/1998) para confirmar que, expurgados los indicios contaminados, los restantes datos policiales resultaban insuficientes para justificar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.*

## I. INTRODUCCIÓN

Frente a la Sentencia nº 18/2023, de 28 de septiembre de 2023, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y confirmó la sentencia del Tribunal del Jurado que había acordado la disolución anticipada del jurado y la libre absolución de los acusados, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales y quebrantamiento de forma, siendo parte recurrida D. Moisés.

Ha sido ponente de la sentencia que aquí se comenta el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## II. HECHOS ENJUICIADOS

Según el relato de hechos probados, D. Moisés, funcionario del cuerpo de tramitación procesal y administrativa destinado en un Juzgado de Instrucción de Cartagena desde 2002, tenía asignada la tramitación de unas

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Diligencias Previas por un posible delito de abusos sexuales. Se le imputaba haber facilitado indebidamente información o gestiones relacionadas con dicho procedimiento, así como haber intervenido en la tramitación de un Juicio Rápido seguido contra un conocido - defendido por el coacusado D. Teófilo, abogado - solicitando encargarse personalmente de las notificaciones de dicha causa.

La investigación de estos hechos se apoyó en un primer Auto de intervención de conversaciones orales en el interior de determinados vehículos y en un segundo Auto de intervención telefónica del sospechoso, ambos posteriormente declarados nulos por el instructor: el primero, de forma directa; el segundo, por conexión de antijuridicidad con el primero, al nutrirse sus indicios habilitantes, en lo sustancial, de la información obtenida en la intervención vehicular anulada.

## III. RESOLUCIONES DE INSTANCIA Y APELACIÓN

Eliminada la información derivada de ambas injerencias anuladas, el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en Sentencia nº 314/2022, de 17 de noviembre, consideró que no existía prueba de cargo suficiente para sostener la acusación por los delitos de infidelidad en custodia de documentos y cohecho, acordando la disolución anticipada del Jurado - al amparo del artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado - y la libre absolución de los acusados, con declaración de oficio de las costas.

Interpuesto Recurso de Apelación por el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en Sentencia nº 18/2023, de 28 de septiembre, desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución impugnada, declarando de oficio las costas de la alzada.

Contra dicha Sentencia se preparó y formalizó el Recurso de Casación objeto del presente comentario, articulado sobre un único motivo al amparo del artículo 852 LECrim y del artículo 5.4 LOPJ.

## IV. MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Planteamiento de la controversia por el Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal articula su único motivo de casación por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, denunciando que la nulidad del Auto de intervención telefónica - acordada por conexión de antijuridicidad con la previa intervención de conversaciones en el interior de vehículos, también anulada - fue indebidamente declarada.

Sostiene el Fiscal que, suprimida la única referencia a las escuchas en el interior de los vehículos, el Auto de intervención telefónica contenía todavía un conjunto de indicios autónomos y suficientes para justificar la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

medida: la frecuente presencia de otros investigados en el domicilio del sospechoso; sus encuentros y llamadas telefónicas previamente autorizadas; una conversación en la que se le advertía de que "la cosa va mal"; información sobre una inversión de relevante cuantía; mensajes reveladores de una relación que excedía la simple amistad y de un posible trasvase de información reservada sobre investigaciones judiciales y policiales; y un patrimonio notablemente superior al que cabría esperar de sus ingresos como funcionario. Sobre esta base, el Fiscal invoca igualmente la doctrina del hallazgo inevitable para sostener la validez de la injerencia.

## 2. La doctrina de la conexión de antijuridicidad: origen constitucional y elaboración científica

La Sala centra su respuesta en la consolidada doctrina constitucional sobre los efectos de la prueba ilícita derivada, cuyo punto de partida normativo se encuentra en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

La doctrina científica ha situado el origen de esta construcción, tributaria de la norteamericana teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), en la STC 81/1998, de 2 de abril, con ponencia del Magistrado D. Tomás Vives Antón, que introdujo, junto a la exigencia de una conexión causal o natural entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, la necesidad adicional de una conexión jurídica o «conexión de antijuridicidad» entre ambas, de manera que solo la concurrencia de esta segunda conexión determina la exclusión probatoria de la prueba refleja[1].

Como ha destacado MIRANDA ESTRAMPES, la doctrina de la conexión de antijuridicidad opera en la práctica como un mecanismo justificativo de carácter abierto y permeable, que ha posibilitado la progresiva incorporación a nuestro ordenamiento de diversas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, tales como la buena fe en la actuación policial - admitida en la STC 22/2003, de 10 de febrero -, el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente y, muy señaladamente, la confesión del acusado prestada con todas las garantías[2].

La Sala recuerda, con cita de una consolidada línea jurisprudencial (SSTC 81/1998, FJ 4; 49/1999, FJ 14; 94/1999, FJ 6; 171/1999, FJ 4; 136/2000, FJ 6; 28/2002, FJ 4; 167/2002, FJ 6; 261/2005, FJ 5; y 66/2009, FJ

[1] STC 81/1998, de 2 de abril, ponente D. Tomás Vives Antón. Sobre la teoría de los frutos del árbol envenenado y su recepción en el Derecho español, vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., "La agonía de la regla de exclusión de la prueba", Quaestio facti.

[2] MIRANDA ESTRAMPES, M., "La agonía de la regla de exclusión de la prueba", Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio; STC 22/2003, de 10 de febrero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

4) que para determinar si existe conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y la derivada ha de atenderse a una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, referida a la índole y características de la vulneración del derecho fundamental en la prueba originaria y al resultado inmediato de la infracción; y una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental sustantivo exigen. Solo cuando la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración originaria, y su exclusión no viene exigida por dichas necesidades esenciales de tutela, cabrá admitir su valoración como constitucionalmente legítima.

La jurisprudencia ordinaria ha ido perfilando, además, límites y matices adicionales a esta doctrina, especialmente relevantes cuando la prueba ilícita originaria ha sido obtenida por un particular sin connivencia con los poderes públicos, supuesto en el que la STS 116/2017, de 23 de febrero (caso Falciani), moduló el alcance del artículo 11.1 LOPJ; matización que, sin embargo, no resulta aplicable al caso examinado, en el que la injerencia originaria fue practicada directamente por la autoridad judicial y policial en el curso de una investigación penal[3].

### 3. El debate doctrinal sobre la conexión de antijuridicidad: entre la fundamentación y la crítica

La formulación teórica de la doctrina cuenta con un desarrollo científico propio y anterior a su aplicación jurisprudencial sistemática, debido especialmente a J. A. DÍAZ CABIALE y R. MARTÍN MORALES, cuya monografía sobre "La teoría de la conexión de antijuridicidad" explica que dicha conexión - y no la mera causalidad natural - es lo que en último término justifica la aplicación de la regla de exclusión probatoria: solo cuando existe conexión de antijuridicidad entre la vulneración del derecho fundamental y la prueba obtenida procede su exclusión; en caso contrario, la prueba refleja puede incorporarse válidamente al proceso[4].

Frente a esta fundamentación, un sector doctrinal representado por J. M. ASENCIO MELLADO ha formulado una crítica de fondo a la doctrina de la conexión de antijuridicidad, calificándola como un instrumento que, en la práctica, limita el alcance de la garantía constitucional de exclusión de la prueba ilícita, degradando - a su juicio - una regla de rango sustantivo y constitucional a una cuestión de mera valoración procesal sometida a ponderación casuística; crítica que se ha visto reforzada, según el propio autor, por pronunciamientos constitucionales posteriores como la STC 97/2019, de 16 de julio[5].

[3] STS 116/2017, Sala Segunda, de 23 de febrero (caso Falciani), sobre la modulación del artículo 11.1 LOPJ cuando la prueba ilícita originaria procede de un particular sin connivencia estatal.

[4] DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., "La teoría de la conexión de antijuridicidad", Jueces para la Democracia, núm. 43, 2002, pp. 39-49.

[5] ASENCIO MELLADO, J. M., "La teoría de la conexión de antijuridicidad, como instrumento de limitación de los derechos fundamentales", Jueces para la Democracia, núm. 66, 2009, pp. 85 y ss.; STC 97/2019, de 16 de julio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La Sala Segunda, sin entrar en este debate doctrinal, aplica en la sentencia comentada la formulación clásica de la doctrina - fiel a la jurisprudencia constitucional consolidada desde 1998 - sin acoger ninguna de las excepciones que la propia construcción doctrinal admite (buena fe, hallazgo inevitable, fuente independiente), al considerar que ninguna de ellas concurre en el caso examinado. La reciente STS 436/2023, de 7 de junio, confirma que esta sigue siendo la doctrina de referencia de la propia Sala, que reitera sistemáticamente el canon de la doble perspectiva - interna y externa - para el enjuiciamiento de la prueba refleja.

Debe destacarse, en fin, la aportación de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC al estudio de esta materia, quien ha analizado la conexión de antijuridicidad en el marco más amplio de la prueba prohibida, poniendo de relieve su función de mecanismo de equilibrio entre la necesidad de tutela efectiva de los derechos fundamentales afectados por la injerencia y las exigencias de una investigación penal eficaz[6].

## 4. Requisitos constitucionales de la intervención telefónica: indicios, motivación y proporcionalidad

La doctrina constitucional sentada, entre otras, en la STC 49/1999, de 5 de abril (Pleno), exige que la resolución judicial habilitante de una intervención telefónica se sustente en indicios, entendidos como datos objetivos que permitan suponer que una persona está implicada en un hecho punible grave, sin que puedan consistir en meras sospechas o en valoraciones acerca de la persona; exigencia mínima que resulta indispensable para que el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE no quede materialmente vacío de contenido[7].

A ello se añade la exigencia de que dicha motivación se exteriorice en la propia resolución judicial autorizante o, por remisión admitida jurisprudencialmente bajo la denominada «motivación por remisión», en el oficio policial o en las resoluciones judiciales previas a las que expresamente se remita el auto autorizante; técnica que, según recuerda la Sala en la sentencia comentada, presupone en todo caso que los indicios así incorporados por remisión sean identificables y no puedan completarse posteriormente, en fase de control ex post, con datos que, aun obrando en las actuaciones, no fueron citados ni en el Auto ni en los oficios que le precedieron.

## 5. Resolución de la impugnación por la Sala Segunda

Aplicando este cuerpo doctrinal al caso, la Sala coincide con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en que el control ex post de la legitimidad de una intervención telefónica debe ceñirse a los indicios

[6] GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida", en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), Prueba y proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia.

[7] STC 49/1999, Pleno, de 5 de abril, FJ 8. Vid. asimismo Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

expresados en la resolución judicial autorizante, en el oficio policial al que ésta se remita o en las resoluciones judiciales anteriores expresamente invocadas, sin que quepa completar dicho acervo indiciario con datos que, aun constando en las actuaciones, no fueron citados en su momento; pues, de admitirse lo contrario, la exigencia de motivación de la resolución judicial quedaría vaciada de sentido práctico.

Examinado el oficio policial y el Auto de intervención telefónica cuestionados, la Sala constata que los únicos indicios verdaderamente significativos procedían de las conversaciones en el interior de vehículos ya anuladas, mientras que los restantes datos - una descripción imprecisa del patrimonio del investigado, que resultó después notablemente sobrevalorada, y unas vigilancias policiales que solo revelaban encuentros y llamadas carentes de significación autónoma - carecían de la consistencia necesaria para sustentar, por sí solos, el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones.

La Sala rechaza igualmente la invocación por el Fiscal de la doctrina del hallazgo inevitable, al recordar que esta excepción se circunscribe a los hallazgos que habrían aflorado por sí mismos y sin conexión causal con la prueba ilícita, no siendo admisible su aplicación a datos obtenidos precisamente a partir de la injerencia anulada. En consecuencia, apreciada la conexión causal y jurídica - de antijuridicidad - entre ambas intervenciones, la Sala confirma la nulidad del Auto de intervención telefónica y, excluida la información así obtenida, la insuficiencia de las restantes pruebas para sostener la acusación, cuestión esta última que el propio Ministerio Fiscal no llegó a cuestionar en su recurso.

## 6. La disolución anticipada del Tribunal del Jurado: apunte doctrinal

Conviene detenerse, por su singularidad procesal, en el mecanismo que da origen a la absolución confirmada en la Sentencia comentada: la disolución anticipada del Tribunal del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, prevista en el artículo 49 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado.

Conforme a este precepto, una vez concluidos los informes de la acusación, es la defensa quien puede solicitar del Magistrado-Presidente - o este decidirlo de oficio - la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta prueba de cargo suficiente para fundar una condena, dictándose en tal caso Sentencia absolutoria motivada dentro de los tres días siguientes. La doctrina ha subrayado que la legitimación para instar esta disolución corresponde en exclusiva a la defensa o, de oficio, al Magistrado-Presidente, sin que la LOTJ

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

contemple la posibilidad de que sea el Ministerio Fiscal quien la solicite, lo que resulta coherente con su función de garantía anticipada de la presunción de inocencia del acusado[8].

Un sector relevante de la doctrina procesal se ha mostrado crítico con la facultad que la LOTJ otorga al Magistrado-Presidente para disolver el Jurado y sustraer así la decisión sobre la suficiencia probatoria al criterio de los jurados legos, entendiendo que dicha facultad, pese a su indudable funcionalidad como filtro de acusaciones infundadas, introduce una intervención togada en un ámbito - la valoración de la prueba de cargo - que el diseño constitucional del Jurado había reservado, en principio, a la decisión ciudadana[9].

En el caso examinado, esta disolución no vino motivada por una insuficiencia originaria de la acusación, sino por la ulterior exclusión de las pruebas obtenidas mediante las injerencias anuladas, lo que evidencia la estrecha interrelación entre el régimen de la prueba ilícita y las instituciones específicas del proceso ante el Tribunal del Jurado: la declaración de nulidad probatoria, lejos de ser una cuestión procesal aislada, puede determinar directamente el desenlace absolutorio de la causa sin necesidad de agotar el desarrollo del juicio ni someter el veredicto a los jurados.

### 7. Fallo

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia nº 18/2023, de 28 de septiembre de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sin imposición de costas.

## IV. CONCLUSIONES

La STS 519/2026, de 23 de julio, aquí comentada, constituye una aplicación paradigmática de la doctrina constitucional sobre la conexión de antijuridicidad sentada a partir de la STC 81/1998, y confirma que la nulidad de una intervención telefónica cuyos indicios habilitantes derivan sustancialmente de una injerencia previa ya anulada no puede quedar neutralizada acudiendo a datos residuales, imprecisos o insuficientes que las propias resoluciones de instancia y apelación descartaron razonadamente.

La Sentencia reitera, asimismo, la vigencia de la doble perspectiva de análisis - interna y externa - exigida por la jurisprudencia constitucional para apreciar dicha conexión, y rechaza expresamente cualquier intento de

[8] Artículo 49 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Sobre la legitimación exclusiva de la defensa y del Magistrado-Presidente, vid. CÁMARA RUIZ, J., "La formación del veredicto", Anuario da Facultade de Dereito da Universidad de da Coruña.

[9] Vid. las referencias doctrinales recogidas en "El recurso de apelación contra la sentencia en el proceso ante el Tribunal del Jurado", Noticias Jurídicas, sobre las posiciones críticas frente a la facultad de disolución anticipada del artículo 49 LOTJ.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ampliar el control ex post de la legalidad de la injerencia mediante la incorporación de indicios no expresados en la resolución habilitante ni en los oficios policiales que la precedieron, en coherencia con la exigencia constitucional de motivación reforzada que pesa sobre las resoluciones limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE.

Resulta también significativo el rechazo, con fundamento sólido, de la invocación por el Ministerio Fiscal de la doctrina del hallazgo inevitable, cuyo ámbito de aplicación - correctamente delimitado por la Sala - se circunscribe a los descubrimientos causalmente desconectados de la prueba ilícita, y no puede servir de cobertura para rehabilitar datos obtenidos precisamente a través de la injerencia declarada nula.

Procede, por último, destacar que la doctrina de la conexión de antijuridicidad no está exenta de debate científico: junto a su fundamentación clásica por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, un sector crítico encabezado por ASENCIO MELLADO alerta sobre el riesgo de que esta construcción termine erosionando el carácter de garantía constitucional que debe revestir la exclusión de la prueba ilícita. La Sentencia comentada, sin tomar partido expreso en ese debate, aplica con rigor la formulación tradicional de la doctrina sin necesidad de acudir a sus excepciones, lo que confirma la vigencia de la línea jurisprudencial iniciada en 1998.

La Sentencia se enmarca, finalmente, en el singular contexto procesal de la disolución anticipada del Tribunal del Jurado por insuficiencia probatoria sobrevenida tras la exclusión de prueba ilícita, mecanismo que, en el caso examinado, permitió alcanzar una solución de absolución sin necesidad de agotar el desarrollo íntegro del juicio con Jurado, una vez constatada la orfandad probatoria de la acusación, y que pone de relieve la intensa interrelación entre el régimen general de la prueba prohibida y las instituciones específicas del proceso ante el Tribunal del Jurado.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M., "La teoría de la conexión de antijuridicidad, como instrumento de limitación de los derechos fundamentales", Jueces para la Democracia, núm. 66, 2009, pp. 85 y ss.

CÁMARA RUIZ, J., "La formación del veredicto", Anuario da Facultade de Dereito da Universidad de da Coruña (ed. actualizada).

DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., "La teoría de la conexión de antijuridicidad", Jueces para la Democracia, núm. 43, 2002, pp. 39-49.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida", en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), Prueba y proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

MIRANDA ESTRAMPES, M., "La agonía de la regla de exclusión de la prueba", Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio (ed. actualizada).

MIRANDA ESTRAMPES, M., El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999.

VIVES ANTÓN, T. S. (ponente), STC 81/1998, de 2 de abril.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas.

STC 49/1999, Pleno, de 5 de abril (requisitos constitucionales de la intervención telefónica).

STC 22/2003, de 10 de febrero (excepción de buena fe policial).

STC 97/2019, de 16 de julio.

STS 116/2017, Sala Segunda, de 23 de febrero (caso Falciani; prueba obtenida por particulares).

STS 436/2023, Sala Segunda, de 7 de junio (reiteración de la doctrina de la conexión de antijuridicidad).

STS 519/2026, Sala Segunda, de 23 de julio (objeto del presente comentario).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 11.1.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, artículos 47 y 49 a 51 (disolución anticipada).

Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, artículos 579 y 852.

Constitución Española, artículos 18.3 y 24.2.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: REGULACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RECIENTE

*María Luisa Moreno Vera*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

**SUMARIO:** *I. Introducción. 1. Metodología. II. Marco normativo de las intervenciones telefónicas. 1. Regulación legal. 2. Ámbito de aplicación y requisitos formales. III. Requisitos legales y jurisprudenciales para la intervención telefónica. 1. Requisitos legales. 2. Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y su aplicación práctica. 3. Control judicial y garantías procesales. IV. Límites a la teoría de los frutos del árbol envenenado en la jurisprudencia española. 1. Excepción de la prueba jurídicamente independiente. 2. Excepción del descubrimiento inevitable. 3. Excepción del hallazgo casual. V. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1. Requisitos de la intervención según la STS 201/2022. Motivación judicial y control de indicios. 2. Caso «Santos Cerdán» y vinculación con el hallazgo de audios en el registro a Koldo García. 3. Caso «José Luis Ábalos»: interceptación de comunicaciones y nulidad de prueba. 4. Caso «Fiscal General del Estado»: encadenamiento válido de pruebas. 5. Valoración conjunta de la jurisprudencia reciente. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. 1. Normativa. 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional. 3. Doctrina científica*

## I. INTRODUCCIÓN

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal constituye una de las medidas de investigación más intrusivas en el ámbito de los derechos fundamentales. Su aplicación exige una interpretación rigurosa del marco legal y jurisprudencial, pues afecta directamente al derecho al secreto de las comunicaciones, protegido tanto a nivel constitucional como internacional. No puede convertirse, por ello, en una herramienta ordinaria o preventiva: ha de mantenerse como medida excepcional, sujeta a control judicial estricto, justificada de forma concreta y adoptada solo cuando resulte imprescindible para avanzar en la investigación penal.

El presente trabajo aborda esta figura de forma sistemática: su regulación en el ordenamiento español, los criterios establecidos por la doctrina científica y por la jurisprudencia constitucional y penal, y el análisis de los casos más recientes y controvertidos resueltos por el Tribunal Supremo, con el objetivo de determinar si el régimen jurídico vigente ofrece garantías suficientes para compatibilizar la eficacia de la investigación penal con el respeto a los derechos fundamentales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 1. Metodología

Se trata de un estudio documental y jurisprudencial apoyado en fuentes primarias (normativa y sentencias) y secundarias (doctrina científica especializada)[1], que permite una comprensión crítica y actualizada de la materia y de su evolución.

## II. MARCO NORMATIVO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

### 1. Regulación legal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) española, como norma rectora, establece en su artículo 588 bis, el régimen jurídico específico para la práctica de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el marco de las investigaciones penales. Este precepto regula los requisitos, autorización, duración y control judicial de dichas intervenciones, intentando garantizar un equilibrio entre la eficacia investigadora y el respeto a los derechos fundamentales.

El artículo dispone que la intervención sólo puede acordarse cuando sea necesaria para la investigación de delitos graves y siempre con autorización judicial expresa. Se establece, asimismo, la necesidad de motivar la orden, indicando los indicios razonables que justifican la medida, el objeto de la investigación y la duración máxima autorizada[2].

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental garantizado por el art. 18.3 CE que, conforme al art. 10.2 CE, ha de interpretarse a la luz del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[3], preceptos que reconocen el derecho a no sufrir injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que comprenden el secreto de las comunicaciones telefónicas según reiterada doctrina del TEDH[4].

Este derecho no es, sin embargo, absoluto: en toda sociedad democrática existen valores que pueden justificar su limitación con las debidas garantías (art. 8 CEDH), entre ellos la prevención del delito, que incluye su

[1] Constitución Española de 1978, art. 18.3; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8. En la doctrina, GONZÁLEZ TORRES, J., Doctrina del Tribunal Supremo sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas, 2022; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derechos fundamentales y proceso penal, Tirant lo Blanch, 2021, p. 154; SUÁREZ, M.L., Intervención de comunicaciones y garantías procesales, Revista de Derecho Penal, n.º 45, 2023, pp. 211-234.

[2] Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 588 bis.

[3] Art. 18.3 CE.

[4] STS 7 febrero 2007, RJ 2007/1231; STS 3 octubre 2007, RJ 2007/7034; STEDH Klass c. Alemania, 6 septiembre 1978, Serie A n.º 28.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

investigación y castigo, orientados por fines de prevención general y especial, y que constituye un interés constitucionalmente legítimo[5]. Esta doctrina, reiterada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se examina con detalle en el apartado V.1 al comentar la STS 201/2022.

### 2. Ámbito de aplicación y requisitos formales

Las intervenciones telefónicas pueden practicarse en procesos por delitos graves tales como los delitos de terrorismo, contra la salud pública, corrupción u homicidio, entre otros[6]. Además, deben respetar un procedimiento formalizado que garantice la legalidad de la medida, incluyendo la intervención directa del juez, la duración limitada y la confidencialidad de la actuación[7].

## III. REQUISITOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

Al suponer una restricción directa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la medida debe cumplir una serie de requisitos legales y jurisprudenciales que garanticen la tutela efectiva de los derechos afectados.

### 1. Requisitos legales

La base legal se encuentra en el art. 579 y en los arts. 588 bis y siguientes LECr, tras la reforma de 2015 reguladora de las medidas de investigación tecnológica[8]. Los requisitos básicos para que un juez pueda autorizar la intervención son:

a) Existencia de indicios fundados de la comisión de un delito, especialmente cuando se trate de delitos graves, como terrorismo, crimen organizado, corrupción o delitos contra la salud pública, entre otros[9].

b) Que la medida sea necesaria, es decir, que no exista otro medio de investigación menos gravoso para obtener la información requerida.

c) Que la medida sea proporcionada, garantizando un equilibrio entre el derecho fundamental afectado y la finalidad legítima perseguida.

d) Que la medida sea adoptada mediante resolución judicial motivada, en la que se especifiquen los hechos investigados, el alcance de la medida y su duración.

---

5 Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
6 Código Penal, arts. 368 y ss.
7 SUÁREZ, M.L., Intervención de comunicaciones, 2023, pp. 211-234.
8 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 588 bis.
9 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derechos fundamentales, 2021, p. 154.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada (vid. por todas SSTS de 7 de febrero y de 3 de octubre de 2007[10]) que la diligencia tiene una doble consideración, como instrumento de acreditación y como medio de investigación, y que su realización debe respetar claras exigencias de legalidad constitucional.

Al ser una medida de concesión exclusivamente judicial, la resolución que la acuerde ha de ser fundada, sin que las transcripciones escritas de las conversaciones constituyan un requisito legal de validez[11]. Debe superar además el juicio de proporcionalidad[12]; su no superación la convierte en ilegítima y determina la «conexión de antijuridicidad» de la STC 99/1999, de 2 de abril[13]. El art. 120.3 CE impone el deber de motivación de la resolución habilitante[14], pues toda restricción de un derecho fundamental exige justificación expresa y suficiente[15], como han exigido, entre otras muchas, las SSTS 55/2006, de 3 de febrero, y de 7 de noviembre de 2007, y la STC 167/2002, de 18 de septiembre[16].

## 2. Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y su aplicación práctica

Dado que la intervención supone una injerencia directa en el secreto de las comunicaciones, su adopción ha de someterse al más estricto control jurisdiccional. La jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo, insiste en que la medida debe cumplir el principio de proporcionalidad, límite material de toda restricción de derechos fundamentales[17]. Este principio ha sido formulado de manera reiterada por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996[18]), conforme al cual la validez de una medida restrictiva exige tres condiciones:

a) Juicio de idoneidad: Que la medida sea apta para alcanzar el fin propuesto.

b) Juicio de necesidad: Que no exista otra medida menos gravosa con igual eficacia.

---

10 STS 7 febrero 2007, RJ 2007/1231; STS 3 octubre 2007, RJ 2007/7034.

11 STS 17 marzo 2004, RJ 2004/1746.

12 STS 1488/2005, de 19 diciembre, RJ 2006/142.

13 STC 99/1999, de 2 abril, RTC 1999/99.

14 STC 29/2001, de 29 enero, RTC 2001/29; STC 138/2002, de 3 junio, RTC 2002/138.

15 STC 52/1995, de 23 febrero, RTC 1995/52; STC 17 febrero 2000, RTC 2000/25.

16 STS 55/2006, de 3 febrero, RJ 2006/1570; STS 7 noviembre 2007, RJ 2007/8278; STC 167/2002, de 18 septiembre, RTC 2002/167. En el mismo sentido, entre otras muchas, STC 49/1999, de 5 abril; STC 171/1999, de 27 septiembre; STC 123/1997, de 1 julio; STS 1240/1998, de 27 noviembre; STS 1090/2005, de 15 septiembre, y SSTEDH de 6 septiembre 1978, caso Klass, y de 15 junio 1992, caso Lüdi, todas ellas reseñadas en la bibliografía final.

17 STC 123/1997, de 1 julio, RTC 1997/123; STS 15 septiembre 2005, RJ 2005/7193; STS 7 noviembre 2007, RJ 2007/8278. En la doctrina, FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, J., Control judicial de la interceptación de comunicaciones, Aranzadi, 2022, pp. 89-113; NARBONA, P., Propuestas para la regulación, REDP, 2024, pp. 76-99.

18 STC 66/1995, RTC 1995/66; STC 55/1996, RTC 1996/55; STC 207/1996, RTC 1996/207.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Que el sacrificio del derecho fundamental resulte compensado por los beneficios obtenidos para el interés general.

En este sentido, como recordó la STS de 6 de febrero de 1995[19], el juez debe ponderar no solo la gravedad jurídica del delito en términos de pena, sino también su trascendencia social, es decir, su impacto en la colectividad. Esta visión integradora del concepto de «gravedad» ya se recogía en las SSTEDH de los casos Kruslin y Huvig, así como en el Auto del TS de 18 de junio de 1992 y en la STS de 14 de junio de 1993[20].

Un claro ejemplo se encuentra en una investigación por delito contra la salud pública (art. 368 del Código Penal[21]), en la que la sustancia investigada era cocaína, calificada como causante de grave daño a la salud por las SSTS de 29 de enero y 2 de febrero de 1998[22]. El Tribunal Supremo, en la STS de 25 de junio de 1993[23], dejó claro que la intervención telefónica puede adoptarse no solo en delitos castigados con penas graves, sino también cuando exista trascendencia social que la justifique; la STS de 6 de febrero de 1995 añadió que los delitos de tráfico de drogas afectan gravemente a la salud pública[24].

En el caso citado la medida fue idónea para descubrir la organización criminal, necesaria porque no existía otro medio menos invasivo, y proporcionada porque el beneficio social superaba el sacrificio del derecho. Como concluyó la STS de 3 de abril de 1998[25], solo puede concederse la autorización si no hay otro medio menos incisivo.

### 3. Control judicial y garantías procesales

La autorización debe ser emitida por un juez competente, que ha de realizar un control riguroso para evitar abusos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 13/1985[26]) y del Tribunal Supremo ha enfatizado la necesidad de que la resolución judicial contenga una motivación suficiente.

19 STS 6 febrero 1995, RJ 1995/417.
20 STEDH Kruslin c. Francia, 24 abril 1990; STEDH Huvig c. Francia, 24 abril 1990; Auto TS 18 junio 1992, RJ 1992/5263; STS 14 junio 1993, RJ 1993/4753.
21 Artículo 368 del Código Penal.
22 STS 29 enero 1998, RJ 1998/409; STS 2 febrero 1998, RJ 1998/422.
23 STS 25 junio 1993, RJ 1993/3208.
24 STS 6 febrero 1995, RJ 1995/417.
25 STS 3 abril 1998, RJ 1998/3210.
26 STC 13/1985, RTC 1985/13; STS 11 enero 1996, RJ 1996/104; STS 25 febrero 1997, RJ 1997/1372; STS 10 marzo 1997, RJ 1997/1833.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El control judicial se extiende a la duración de la intervención, la delimitación de las personas afectadas y la preservación de la confidencialidad y la integridad de las grabaciones obtenidas, garantizando su adecuada custodia y uso exclusivo para la finalidad autorizada (STS de 20 de enero de 1998[27]).

## IV. LÍMITES A LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La jurisprudencia española ha prestado especial atención a una de las principales consecuencias de la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*: la liberación de autores de delitos de especial gravedad, que genera alarma e inseguridad social. Ello ha motivado una reflexión sobre la necesidad de matizarla, pues no todas las pruebas existentes en el proceso, además de la obtenida ilícitamente, deben considerarse fruto contaminado[28]. Se han desarrollado así criterios restrictivos o excepciones a la nulidad derivada automática, con antecedente en el Derecho anglosajón, concretados por el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) en tres grandes excepciones:

### 1. Excepción de la prueba jurídicamente independiente

Esta excepción fue reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 86/1995, de 6 de junio[29]. En dicho caso, los recurrentes fueron condenados por un delito de tráfico de drogas, con base en intervenciones telefónicas realizadas sin autorización judicial. El TC reconoció la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pero desestimó el recurso de amparo al considerar que existían pruebas independientes de la prueba ilícita. En particular, una de las pruebas de cargo era la confesión de uno de los acusados.

La sentencia no niega la ilicitud de las pruebas obtenidas ilegalmente, que siguen siendo inadmisibles, sino que introduce una excepción basada en la existencia de una prueba autónoma no afectada por la ilicitud original, limitando así la eficacia refleja de la prueba prohibida y permitiendo que el proceso conserve su validez si existe prueba de cargo lícita capaz de destruir la presunción de inocencia. La STC 54/1996, de 26 de marzo[30], reiteró esta doctrina al declarar ilícitas las pruebas obtenidas mediante escuchas ilegales, pero admitir una prueba testifical de cargo y la declaración del acusado como elementos independientes y

[27] STS 20 enero 1998, RJ 1998/726.
[28] STS 814/1992, de 7 de abril. En ella se establece que la doctrina de los frutos del árbol envenenado debe interpretarse en términos justos, sobre todo cuando no se trata de nulidades absolutas.
[29] STC 86/1995, de 6 de junio.
[30] STC 54/1996, de 26 de marzo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

suficientes para fundar la condena. La excepción plantea, no obstante, un reto interpretativo: calificar una prueba como independiente o derivada dependerá del análisis del caso concreto.

### 2. Excepción del descubrimiento inevitable

Esta segunda excepción fue elaborada por el Tribunal Supremo en la sentencia 974/1997, de 4 de julio[31]. En ella se trataba un caso de tráfico de drogas en el que la intervención telefónica no cumplió los requisitos legales. Sin embargo, el TS concluyó que la acusada ya era objeto de vigilancia previa por parte de la Policía Autónoma Vasca, lo cual habría llevado inevitablemente al descubrimiento del delito por medios lícitos.

La base de esta excepción radica en que, si se acredita que el hallazgo del delito se habría producido de forma independiente y regular sin necesidad de la prueba ilícita, la eficacia de esta queda neutralizada. Como afirma GÓMEZ COLOMER, es lícito llegar a una conclusión probatoria válida si no tiene conexión causal, directa o indirecta, con la prueba ilícita[32]. La STS de 4 de diciembre de 2013[33] desarrolla esta doctrina: cuando las circunstancias habrían conducido inevitablemente al mismo resultado, no cabe establecer un vínculo causal entre la prueba ilícita y la válida. La excepción ha sido criticada, sin embargo, por apoyarse en ocasiones en conjeturas más que en hechos probados y por su potencial para vulnerar la presunción de inocencia[34].

### 3. Excepción del hallazgo casual

El tercer límite es la denominada excepción del hallazgo casual, reconocida por el Tribunal Supremo en la sentencia 1313/2000, de 21 de julio[35]. En este caso, la información relevante para el proceso por tráfico de drogas fue descubierta de manera accidental en el marco de una intervención telefónica realizada en un procedimiento distinto. El TS consideró lícito este hallazgo, al tratarse de un descubrimiento fortuito e independiente de la prueba ilícita.

El TS argumentó que, sometido el hallazgo al principio de contradicción del art. 739 LECr, puede ser valorado como prueba válida, y señaló que esta excepción puede entenderse como una variante del descubrimiento inevitable, pues ambas permiten admitir pruebas no contaminadas por el origen ilícito del procedimiento.

Cabe concluir, por tanto, que la jurisprudencia española ha atenuado la rigidez de la doctrina de los *frutos del árbol envenenado* mediante estas tres excepciones, permitiendo valorar determinadas pruebas siempre que

31 STS 974/1997, de 4 de julio.
32 GÓMEZ COLOMER, J.L. (AAVV), Prueba prohibida, p. 383.
33 STS de 4 de diciembre de 2013.
34 GÓMEZ COLOMER, J.L. (AAVV), Prueba prohibida, p. 389.
35 STS 1313/2000, de 21 de julio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

se respeten las garantías procesales esenciales, si bien su aplicación debe ser estricta y caso por caso para evitar que se normalice el uso de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

## V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La intervención de las comunicaciones telefónicas como diligencia de investigación ha sido objeto de diversas reformas, debidas tanto a su escasa regulación inicial como a su carácter intrusivo. La reforma más reciente ha aportado mayor seguridad jurídica al establecer con claridad los requisitos constitucionales y legales necesarios para su adopción y el procedimiento para su ejecución.

Ante la anterior falta de regulación específica fue la jurisprudencia la que suplió dicha carencia, definiendo los requisitos esenciales de la medida, posteriormente incorporados al ordenamiento, y elaborando una doctrina sobre la ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración del secreto de las comunicaciones, que declara su inadmisibilidad y falta de eficacia en el proceso penal. A continuación, se analizan distintos supuestos recientes que han sentado doctrina sobre los límites legales, las garantías procesales y la validez de la prueba así obtenida.

### 1. Requisitos de la intervención según la STS 201/2022. Motivación judicial y control de indicios

La Sala 2.ª del TS, en la STS 201/2022, de 3 de marzo[36], explica: «… el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18.3 CE, mientras que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; el Convenio Europeo […], art. 8; y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 7, constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra CE conforme a lo dispuesto en su art. 10.2.º […]».

Pero en la misma sentencia se advierte: «… sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8.º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito […]. El propio art. 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial».

Indica la sentencia comentada cuáles son los requisitos que debe reunir esta medida de investigación para ser constitucionalmente válida, refiriéndose a: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que

[36] STS 201/2022, de 3 de marzo (Sala Segunda).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

La motivación del auto habilitante debe expresar la finalidad específica de la medida: la investigación de unos hechos delictivos determinados o identificables a través de datos objetivos y contrastables, lo opuesto a la investigación prospectiva, basada en meras sospechas sobre hechos no suficientemente identificados ni localizados y sin datos accesibles a terceros.

La STS 201/2022 comentada desarrolla estos requisitos y explica: «En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada».

Y añade: «Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio; 165/2005, de 20 de junio; 26/2006, de 30 de enero, y 72/2010, de 18 de octubre, entre otras, y SSTS de 6 de mayo de 1997, 19 de mayo de 2000, 3 de febrero de 2004, 248/2012, de 12 de abril, y 492/2012, de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril)».

Se explica también en la referida sentencia: «En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable control sobre el ejercicio de los poderes públicos (Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre, y núm. 635/2012, de 17 de julio)».

«Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio)».

Han de ser objetivos «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 se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 184/2003, de 23 de octubre).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que «permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse» (SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 15 de junio de 1992, caso Lüdi) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECr, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECr) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECr) (STC 167/2002, de 18 de septiembre).

## 2. Caso «Santos Cerdán» y vinculación con el hallazgo de audios en el registro a Koldo García

En julio de 2025 el Tribunal Supremo confirmó la prisión provisional del exdiputado Santos Cerdán, investigado en el marco de una presunta trama de corrupción y malversación de fondos públicos[37]. Una de las pruebas fundamentales fue la obtención de grabaciones y mensajes que lo relacionaban con una red de adjudicaciones irregulares, localizadas en dispositivos electrónicos intervenidos durante el registro judicial del domicilio de su colaborador Koldo García. La defensa cuestionó sin éxito la legalidad de las intervenciones telefónicas previas y la autenticidad de las grabaciones: el Tribunal avaló la actuación de la Policía Judicial y del Juzgado de Instrucción, subrayando que el acta del registro, firmada por el Letrado de la Administración de Justicia, documentaba la incautación de forma legítima y conforme a derecho.

Los agentes elaboraron además un informe técnico sobre el contenido de los archivos, considerado veraz y no desmentido por otros elementos de prueba. El propio Koldo García no negó ante el juez haber mantenido dichas conversaciones, aunque alegó no recordarlas o que podían estar fuera de contexto o incompletas, sin objetar su autenticidad ni denunciar manipulación alguna.

[37] STS (Sala Segunda), caso Santos Cerdán, julio 2025; Auto del Tribunal Supremo sobre el caso Koldo García, agosto 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Tribunal concluyó que no existían indicios de alteración de los archivos: las grabaciones mostraban un flujo natural, con metadatos distintos y consistentes (fecha, hora, duración), y el hecho de que los dispositivos estuvieran en poder del propio Koldo reforzó su legitimidad como prueba. Al estar Cerdán implicado directamente en dichas conversaciones, el contenido fue considerado relevante y lícito. El caso ilustra cómo la jurisprudencia reciente refuerza la validez de la prueba digital obtenida en registros domiciliarios, siempre que se cumplan los requisitos de legalidad, control judicial y cadena de custodia.

### 3. Caso «José Luis Ábalos»: interceptación de comunicaciones y nulidad de prueba

El caso del exministro José Luis Ábalos aparece vinculado a presuntas irregularidades administrativas en la contratación pública[38]. Durante la instrucción, su defensa denunció la posible existencia de una intervención telefónica no autorizada judicialmente, que habría dado origen a otras diligencias como entradas, registros y citaciones.

El Tribunal Supremo, si bien no encontró elementos probatorios que confirmaran la interceptación ilegal, aprovechó la resolución para reiterar un criterio firme: la obtención de pruebas mediante intervención telefónica sin autorización judicial expresa vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. En consecuencia, recordó que cualquier diligencia o resultado probatorio que tenga su origen en una intervención no autorizada es nulo de pleno derecho conforme al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este principio del «fruto del árbol envenenado» es de aplicación directa incluso cuando las pruebas obtenidas puedan tener apariencia de veracidad, lo que confirma que las exigencias legales para interceptar comunicaciones no son meros formalismos, sino garantías esenciales en un Estado de Derecho.

### 4. Caso «Fiscal General del Estado»: encadenamiento válido de pruebas

En el caso del Fiscal General del Estado, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la legalidad de una intervención telefónica inicial que sirvió de base a una secuencia de actuaciones: localización de sospechosos, entradas, registros e incautación de dispositivos digitales[39]. La defensa alegó que la intervención se había ordenado sin base indiciaria suficiente y que, por ello, debía declararse la nulidad de todas las actuaciones derivadas.

[38] STS n.º 601/2025, caso José Luis Ábalos. Art. 11.1 LOPJ: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales…».
[39] STS n.º 1471/2025, junio de 2025, sobre cadena de custodia y prueba digital.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Alto Tribunal estimó, sin embargo, que existían indicios objetivos y concretos que justificaban la medida: llamadas sospechosas, datos de geolocalización y comunicaciones previas autorizadas por otros juzgados en investigaciones paralelas. Señaló asimismo que se habían respetado estrictamente los principios de necesidad, proporcionalidad y especialidad.

La autorización judicial estaba, por tanto, suficientemente motivada y la actuación de la Policía Judicial había sido previamente autorizada por el juez instructor, por lo que la Sala concluyó que la intervención fue válida y también lo fueron las pruebas derivadas, incluida la información extraída de los registros practicados.

### 5. Valoración conjunta de la jurisprudencia reciente

Los casos analizados permiten extraer conclusiones relevantes sobre el enfoque actual del Tribunal Supremo. En primer lugar, la legalidad y la autorización judicial previa son condiciones absolutas de validez de la medida, que exige además una motivación suficiente basada en hechos objetivos y no en meras sospechas. La cadena de custodia y el análisis forense de los dispositivos resultan determinantes para evitar nulidades. Por último, la defensa solo puede oponerse eficazmente a las grabaciones o registros cuando aporte indicios razonables de ilegalidad, manipulación o extralimitación.

La jurisprudencia reciente refleja, en suma, una interpretación garantista pero pragmática, que busca equilibrar los derechos fundamentales con la eficacia del proceso penal, en especial en delitos complejos como la corrupción, el crimen organizado o la malversación de fondos.

## VI. CONCLUSIONES

La reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha supuesto un avance importante en la regulación de las intervenciones telefónicas. Con anterioridad la medida carecía de un marco normativo detallado, lo que generaba inseguridad jurídica en su adopción y en su aplicación. La nueva normativa establece con claridad el catálogo de delitos en cuya investigación puede autorizarse la intervención, así como los requisitos formales, materiales y temporales que deben concurrir, y refuerza las garantías procesales, algo esencial tratándose de una medida que afecta directamente al derecho fundamental del art. 18.3 CE.

La técnica legislativa empleada resulta, no obstante, deficiente. La inclusión de la intervención telefónica en el capítulo IV de la LECr, junto a otras medidas como la interceptación de comunicaciones telemáticas, la captación de imágenes o el registro de dispositivos electrónicos, ha generado confusión: aunque el capítulo V se dedica específicamente a las intervenciones telefónicas y telemáticas, remite con frecuencia al anterior, lo que dificulta la lectura sistemática de la norma. Esta dispersión podría explicarse por la urgencia en responder

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a los reiterados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que habían condenado a España por la falta de una regulación adecuada, si bien la reforma no fue improvisada, pues toma como base el texto articulado del Código Procesal Penal de 2012.

La intervención de comunicaciones es una medida excepcional que debe cumplir los principios de legalidad, necesidad, especialidad y proporcionalidad, y solo procede en investigaciones por delitos graves cuando no existan vías menos intrusivas. La autorización judicial previa y motivada constituye una exigencia constitucional ineludible: el juez debe justificar los indicios que fundamentan la medida, su necesidad y su duración, y controlar su ejecución. En esa línea, la doctrina científica viene demandando un mayor rigor formal y sustancial en la práctica de esta diligencia, especialmente en la motivación judicial y en los mecanismos de control.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consolidado una interpretación que protege de manera efectiva los derechos fundamentales, sancionando con nulidad las pruebas obtenidas mediante intervenciones ilegales o sin las debidas garantías. Los casos recientes de Santos Cerdán, Koldo García o José Luis Ábalos reflejan cómo la intervención de dispositivos electrónicos y comunicaciones se ha convertido en un instrumento clave frente a delitos complejos, siempre bajo supervisión judicial estricta, y reafirman la vigencia del principio del «fruto del árbol envenenado»: toda prueba obtenida directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales es nula y no puede ser válidamente utilizada en juicio.

Pese a la existencia de criterios más o menos consolidados, la aplicación práctica de las teorías analizadas sigue siendo eminentemente casuística: el tipo de delito investigado y la naturaleza de las pruebas condicionan el modo en que los tribunales aplican los principios doctrinales. Así, en supuestos especialmente graves o de criminalidad organizada, cuando la única prueba de cargo es una intervención carente de autorización judicial motivada, se aplica con rigor la doctrina de la prueba prohibida, invalidando también las pruebas derivadas; en otros casos, como el de las transcripciones no verificadas por el Letrado de la Administración de Justicia, puede aceptarse la audición directa como prueba válida.

Todo ello demuestra que, aun contando el sistema con un marco legal y doctrinal orientado a salvaguardar las garantías procesales, persiste una notable dependencia de la interpretación judicial, que puede derivar en resoluciones dispares ante supuestos similares. La reforma de 2015 es un paso relevante, pero todavía resulta necesario que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional generen una jurisprudencia uniforme y consolidada. En definitiva, las intervenciones telefónicas, aunque legalmente reguladas, mantienen un alto grado de abstracción e interpretabilidad, lo que otorga a los tribunales un margen importante para decidir,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

caso por caso, la validez de la diligencia o de la prueba derivada de ella, en función del cumplimiento de los requisitos formales, de su motivación judicial y del respeto a los derechos fundamentales.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Normativa

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 7; Constitución Española de 1978, artículo 18.3; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 8; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12; Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 579 y 588 bis a 588 septies; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 11.1; Ley Orgánica 15/2003, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.

### 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional

Tribunal Constitucional: STC 13/1985; STC 66/1995; STC 52/1995, de 23 febrero; STC 86/1995, de 6 junio; STC 54/1996, de 26 marzo; STC 55/1996; STC 207/1996; STC 123/1997, de 1 julio; STC 49/1999, de 5 abril; STC 99/1999, de 2 abril; STC 166/1999, de 27 septiembre; STC 171/1999, de 27 septiembre; STC 17 febrero 2000; STC 14/2001, de 24 enero; STC 29/2001, de 29 enero; STC 138/2002, de 3 junio; STC 167/2002, de 18 septiembre; STC 184/2003, de 23 octubre; STC 253/2006, de 11 septiembre.

Tribunal Supremo: STS 814/1992, de 7 abril; Auto TS 18 junio 1992; STS 25 junio 1993; STS 14 junio 1993; STS 6 febrero 1995; STS 11 enero 1996; STS 25 febrero 1997; STS 10 marzo 1997; STS 974/1997, de 4 julio; STS 20 enero 1998; STS 29 enero 1998; STS 2 febrero 1998; STS 3 abril 1998; STS 1240/1998, de 27 noviembre; STS 1018/1999, de 30 septiembre; STS 26 junio 2000; STS 1313/2000, de 21 julio; STS 1 mayo 2001; STS 25 octubre 2002; STS 27 octubre 2002; STS 75/2003, de 23 enero; STS 17 marzo 2004; STS 299/2004, de 19 septiembre; STS 999/2004, de 19 septiembre; STS 1263/2004, de 2 noviembre; STS 1090/2005, de 15 septiembre; STS 1488/2005, de 19 diciembre; STS 55/2006, de 3 febrero; STS 7 febrero 2007; STS 3 octubre 2007; STS 7 noviembre 2007; STS 1363/2011, de 15 diciembre; STS 248/2012, de 12 abril; STS 635/2012, de 17 julio; STS 4 diciembre 2013; STS 201/2022, de 3 marzo; STS 601/2025, de 2 marzo (caso Ábalos); STS 1471/2025, junio 2025 (cadena de custodia y prueba digital); STS 1829/2025, de 15 mayo (Sala Segunda); STS, caso Santos Cerdán, julio 2025; Auto TS, caso Koldo García, agosto 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH 6 septiembre 1978, caso Klass, Serie A n.º 28; STEDH Kruslin c. Francia, 24 abril 1990; STEDH Huvig c. Francia, 24 abril 1990; STEDH 15 junio 1992, caso Lüdi, Serie A n.º 238.

### 3. Doctrina científica

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derechos fundamentales y proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FERNÁNDEZ MENÉNDEZ, J., Control judicial de la interceptación de comunicaciones, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

GÓMEZ COLOMER, J.L. (AAVV), Prueba prohibida.

GONZÁLEZ TORRES, J., Doctrina del Tribunal Supremo sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas, 2022. Disponible en: https://gonzaleztorresabogados.blogspot.com

NARBONA, P., Propuestas para la regulación de las intervenciones telefónicas, Revista Española de Derecho Procesal, n.º 71, 2024.

SUÁREZ, M.L., Intervención de comunicaciones y garantías procesales, Revista de Derecho Penal, n.º 45, 2023.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# DELITOS INFORMÁTICOS Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ERA DIGITAL

*María Teresa Pérez Martínez de Ibarreta*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción y contexto normativo. II. Concepto de delito informático. III. El marco normativo de la cibercriminalidad. IV. Las principales figuras delictivas. V. La tutela de la víctima en el proceso penal por delitos informáticos. VI. Protección de datos y derecho al olvido como instrumentos de tutela. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO NORMATIVO

Las tecnologías de la información han transformado las formas de comunicación, trabajo y consumo de la vida cotidiana, así como las modalidades a través de las cuales se comete el delito. La creciente dependencia de los sistemas informáticos, unida a que gran parte de la vida personal, económica y social se desarrolla en un entorno telemático, ha generado nuevos espacios de vulnerabilidad desde el punto de vista penal.

Los datos oficiales ponen de manifiesto la dimensión que ha adquirido este fenómeno: la cibercriminalidad ha pasado de ser una manifestación marginal, a representar una proporción muy significativa del total de infracciones penales conocidas, con una tendencia creciente y una elevada cifra oculta. Según los datos del Balance de Criminalidad del Ministerio del Interior del ejercicio 2025[1], la cibercriminalidad representa el 19,8% de la criminalidad total, a la que hay que sumar las conductas que no llegan a ser denunciadas por desconocimiento de la propia condición de víctima, o bien por vergüenza, desconfianza o la creencia de que la denuncia resultará infructuosa. Este crecimiento no es únicamente cuantitativo. Las técnicas empleadas evolucionan con rapidez, por lo que suponen una dificultad añadida a los mecanismos tradicionales de prevención e investigación.

Frente a estas nuevas formas de agresión en el entorno digital, caracterizadas por la ubicuidad, el anonimato relativo y la ausencia de fronteras físicas, el ordenamiento jurídico se ha ido adaptando de manera progresiva. Sin embargo, aunque se ha realizado un importante esfuerzo para adaptar los tipos penales y los medios de investigación a la realidad tecnológica, siguen existiendo importantes dificultades en la protección efectiva de las víctimas y, especialmente, en la reparación y contención del daño.

[1] Informe sobre la Cibercriminalidad en España 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

A partir de esta realidad, el presente artículo aborda el concepto y clasificación de los delitos informáticos, su marco normativo internacional, europeo e interno y, en concreto, los mecanismos de protección de la víctima en el entorno digital.

## II. CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO

### 1. Aproximación terminológica

La expresión "delito informático" no es una categoría autónoma del Código Penal, sino que es una construcción doctrinal que agrupa un conjunto heterogéneo de infracciones que tienen en común estar vinculadas a sistemas de tratamiento automatizado de la información. Junto a esta expresión coexisten otras denominaciones que con frecuencia se emplean de forma intercambiable (tales como ciberdelito, delito cibernético, cibercriminalidad, delito tecnológico, etc.), circunstancia que pone de manifiesto la ausencia de un concepto legal unívoco. Esta indeterminación terminológica no es solo una cuestión semántica, ya que condiciona la delimitación del objeto de estudio, la elaboración de estadísticas fiables y el diseño de políticas de prevención.

En sentido estricto, el delito informático es aquél en que el propio sistema informático, los datos o las comunicaciones electrónicas son el objeto material del ataque. Se incluyen aquí las conductas que lesionan la confidencialidad, integridad o disponibilidad de los sistemas y de la información. Sin embargo, en sentido amplio, la expresión abarca cualquier infracción en la que el instrumento empleado para cometerla (el medio informático) desempeña un papel relevante, con independencia de que el bien jurídico afectado (patrimonio, libertad sexual, honor, intimidad, etc.) sea ajeno a lo informático.

### 2. Clasificación de los delitos informáticos

Con el fin de ordenar la dispersión normativa de los delitos informáticos en el Código Penal, se pueden establecer dos grandes grupos.

En primer lugar, nos encontramos con los delitos contra los sistemas informáticos propiamente dichos: el acceso ilícito a sistemas, la interceptación de comunicaciones, los daños informáticos, la difusión de programas maliciosos o la interferencia en el funcionamiento de los sistemas.

Y, en segundo lugar, los delitos cometidos a través de sistemas informáticos: la estafa informática, los fraudes en línea, la difusión de contenidos ilícitos, el acoso, la explotación sexual de menores o los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cometidos con medios informáticos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 3. Características de la cibercriminalidad

Con independencia del concreto delito de que se trate, la cibercriminalidad tiene una serie de rasgos comunes que la distinguen de la criminalidad tradicional y que condicionan tanto su persecución como la protección de la víctima.

Entre los rasgos que caracterizan la cibercriminalidad destaca, en primer lugar, su carácter transnacional: la comisión del delito, la producción del resultado y la localización del autor pueden corresponder a jurisdicciones diferentes, lo que dificulta la determinación de la competencia y la cooperación entre los órganos judiciales.

Junto a ello, destaca la automatización y la escalabilidad, puesto que las herramientas informáticas permiten atacar simultáneamente a un número indeterminado de víctimas con un mínimo esfuerzo, como sucede en las campañas masivas de phishing o en la difusión automatizada de programas maliciosos.

Otra característica relevante es la volatilidad de la prueba: las evidencias digitales pueden alterarse, borrarse o desaparecer con gran facilidad, lo que exige reforzar los medios de aseguramiento de la prueba.

También destaca la asimetría de las posiciones de las partes, derivada del anonimato del agresor y de la exposición de la víctima.

Por último, la deslocalización del daño supone que sus efectos se prolonguen en el tiempo y resulte muy difícil controlarlos una vez producida la propagación.

Todo ello determina que las herramientas tradicionales de protección resultan insuficientes para responder al daño que sufre la víctima.

## III. EL MARCO NORMATIVO DE LA CIBERCRIMINALIDAD

### 1. Normativa internacional y europea

En el ámbito internacional, uno de los instrumentos fundamentales en materia de cibercriminalidad es el Convenio sobre la Ciberdelincuencia firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, que fue el primer tratado internacional que sistematizó los tipos penales, estableciendo medidas procesales adecuadas al entorno digital y mecanismos ágiles de cooperación internacional. La importancia del Convenio de Budapest radica en haber proporcionado un marco común que inspiró las reformas legislativas de otros países, entre ellas las españolas. El Convenio ha sido completado recientemente por un Segundo Protocolo Adicional del año 2022 con el fin de reforzar la cooperación y facilitar la obtención transfronteriza de pruebas electrónicas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En el ámbito de la Unión Europea, la respuesta normativa se ha desarrollado mediante normas específicas sobre explotación sexual de menores, instrumentos dirigidos a la persecución de los ataques contra sistemas de información, así como lucha contra el fraude con medios de pago. En concreto, destacan las siguientes Directivas. En primer lugar, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. En segundo lugar, la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Y, por último, la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

Además de estos instrumentos, cuya finalidad es principalmente represiva, existen otras normas dirigidas a prevenir este tipo de delitos. Es el caso de la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión (Directiva SRI 2 o NIS2), y el paquete "e-evidence" del año 2023, que recoge el Reglamento (UE) 2023/1543 y la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, que regula las órdenes europeas de entrega y de conservación de pruebas electrónicas en procesos penales.

También destaca, por su incidencia en la protección de la víctima, la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que armoniza la tipificación de las diversas formas de ciberviolencia (la difusión no consentida de material íntimo, el ciberacoso, el ciberhostigamiento y la incitación al odio o a la violencia en línea).

## 2. El Código Penal español

En el Derecho interno, la gran reforma en materia de cibercriminalidad se introdujo con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que transpuso las directrices europeas y actualizó varios tipos penales.

En materia de cibercriminalidad, la normativa del Código Penal es muy dispersa, ya que los delitos informáticos no se agrupan en un título específico, sino que se distribuyen a lo largo del articulado del código en función del bien jurídico protegido en cada caso.

De esta manera, en el Título X, dedicado a los delitos contra la intimidad, se ubican el descubrimiento y la revelación de secretos (art. 197), el acceso ilícito a sistemas de información (art. 197 bis), la facilitación de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

instrumentos para su comisión (art. 197 ter) y la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 197 quinquies). En el Título VI, relativo a la libertad, se recoge el delito de acoso (art. 172 ter). En el Título VIII, que regula los delitos contra la libertad sexual, se recogen el delito de embaucamiento de menores con fines sexuales o "child grooming" (art. 183) y los delitos relativos a la pornografía infantil (art. 189). En el Título XIII, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, se ubican la estafa informática (art. 249), los daños informáticos (arts. 264 y siguientes) y los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cometidos por medios telemáticos (art. 270 y 273).

Esta técnica legislativa, que integra las conductas informáticas en las categorías tradicionales en lugar de crear una regulación autónoma, presenta ventajas e inconvenientes. Su principal virtud es la coherencia con el bien jurídico protegido, pero dificulta ofrecer una visión de conjunto y dispensar a la víctima una tutela homogénea.

## IV. LAS PRINCIPALES FIGURAS DELICTIVAS

### 1. Descubrimiento y revelación de secretos, y acceso ilícito a los sistemas de información

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP) y el acceso no autorizado a sistemas de información (art. 197 bis CP) protegen la confidencialidad de los datos y de las comunicaciones y, en última instancia, la intimidad de la persona. La víctima de estas conductas ve invadida su esfera más privada: correos electrónicos, mensajes, archivos, historiales de navegación o datos de geolocalización pueden ser interceptados o divulgados, con un daño que a menudo resulta irreversible por la facilidad de reproducción y difusión de la información digital.

La jurisprudencia ha subrayado la estrecha conexión entre estos delitos y la protección de los datos personales. La Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la reforma operada en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y daños informáticos por la LO 1/2015, de 30 de marzo, interpreta los arts. 197 y 197 bis CP, destacando su función de complemento penal del derecho fundamental a la protección de datos reconocido en el art. 18.4 CE.

### 2. Difusión no consentida de imágenes íntimas

El apartado 7 del art. 197 CP castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la víctima, pero divulgadas sin su consentimiento, cuando ello menoscabe gravemente su intimidad. Esta figura puede tener un gran impacto sobre la víctima, debido a la facilidad de reproducción y difusión de las imágenes, a su permanencia en la red y a la dificultad de controlar su posterior circulación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La aplicación práctica del art. 197.7 CP ha manifestado la necesidad de coordinar la vía penal con los mecanismos administrativos de protección de datos. La Agencia Española de Protección de Datos ha articulado un canal prioritario para la retirada urgente de contenidos sexuales o violentos difundidos sin consentimiento, que constituye un instrumento de tutela complementario a la persecución penal, especialmente en supuestos de sexting no consentido y sextorsión.

### 3. Ciberacoso y *stalking*

El delito de acoso del art. 172 ter CP sanciona la vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física reiterada y no consentida con la víctima, así como el establecimiento de contacto a través de cualquier medio de comunicación. En su modalidad telemática, el ciberacoso consiste en utilizar redes sociales, aplicaciones de mensajería y dispositivos de rastreo para someter a la víctima a un hostigamiento continuado que altera gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. El empleo de medios digitales introduce un elemento diferencial, ya que el acoso puede prolongarse más allá del espacio físico y alcanzar la esfera privada de la víctima de forma permanente.

### 4. Explotación sexual de menores en la red

El embaucamiento de menores con fines sexuales o "child grooming" (art. 183 CP) y los delitos de pornografía infantil (art. 189 CP) son algunas de las manifestaciones más graves de la cibercriminalidad. La especial vulnerabilidad de los menores, su exposición temprana a las tecnologías y la facilidad con que los agresores pueden ocultar su identidad y acceder a las potenciales víctimas exigen una respuesta reforzada, tanto desde el punto de vista punitivo como en el preventivo.

### 5. Estafa informática y fraudes en línea

La estafa informática (art. 249 CP) castiga la obtención de un beneficio patrimonial mediante manipulaciones informáticas o artificios semejantes que determinen una transferencia no consentida de activos. Modalidades como el phishing, el *smishing* o el fraude en el comercio electrónico no producen únicamente un perjuicio patrimonial. La dificultad para identificar al autor y, en muchos casos, para recuperar las cantidades defraudadas genera además una gran sensación de indefensión.

### 6. Daños informáticos, malware y *ransomware*

El delito de daños informáticos (arts. 264 y siguientes CP) sanciona al que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave.

El Tribunal Supremo ha delimitado el alcance del requisito de "gravedad" en los delitos de daños informáticos. La Sentencia 91/2022 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 2022[2], relativa al art. 264.1 CP, ha precisado que la gravedad de la acción no se mide por el medio técnico empleado, sino por el daño funcional que genera: la conducta es grave si imposibilita la función digital o altera de forma relevante su utilidad. La gravedad del resultado concurre cuando la operatividad no puede recuperarse o cuando su restitución exige un esfuerzo técnico y económico relevante. No es imprescindible, por tanto, una cuantificación económica exacta, pudiendo comprender también perjuicios de carácter no patrimonial.

En esta resolución, el Tribunal revocó la absolución dictada en apelación y restableció la condena de una empleada que había borrado información comercial esencial de la empresa tras ser despedida (hojas de cálculo, contactos, datos estratégicos de clientes, etc.), obligando a rehacer la actividad mercantil acumulada durante meses. La Sala consideró que los perjuicios organizativos y económicos derivados de la pérdida de esos datos cumplían el estándar de gravedad exigido por el tipo.

En el ámbito de los daños a sistemas, la Sentencia 183/2024 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2024[3], confirmó la condena de un administrador de redes por introducir una "bomba lógica" en los sistemas informáticos de una entidad bancaria tras cesar su relación laboral, inutilizando simultáneamente una multitud de ordenadores de varias oficinas. La Sala calificó los hechos como un delito de daños informáticos agravado del art. 264 bis.2 CP, en relación con el art. 264.2.5ª CP, aplicando además el art. 264 ter a) CP, al considerar que la "bomba lógica" constituye un programa informático concebido principalmente para cometer el delito, en línea con las definiciones del Convenio de Budapest y de la Directiva 2013/40/UE.

Por otra parte, el *ransomware* (programa malicioso que cifra la información de la víctima y exige un rescate para su liberación) es una de las amenazas más lesivas que existen en la actualidad, especialmente cuando afecta a infraestructuras críticas, servicios sanitarios o entidades que custodian datos personales de terceros.

En el ámbito del *ransomware* y de la paralización de servicios, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1021/2025, de 11 de diciembre de 2025[4], confirmó la condena de un técnico de mantenimiento que cifró en remoto el servidor de su cliente, paralizando por completo la actividad de la empresa y exigió pagos

[2] STS Sala 2ª 91/2022, de 7 febrero 2022.
[3] STS Sala 2ª 183/2024, de 29 febrero 2024.
[4] STS Sala 2ª 1021/2025, de 11 diciembre 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

para desbloquearlo. La Sala apreció en este caso un delito de daños informáticos del art. 264 bis CP en concurso medial con un delito de coacciones del art. 172 CP.

### 7. Suplantación de identidad

La suplantación de la identidad ajena en el entorno digital no suele encajar en un tipo autónomo. Con frecuencia es una conducta instrumental para cometer otros delitos, como estafa, injuria, acoso o descubrimiento de secretos, con el consiguiente riesgo de perjuicio patrimonial, reputacional o personal para la víctima. Dependiendo del supuesto, los tipos penales aplicables son la usurpación del estado civil, la falsedad documental o los delitos contra el honor.

### 8. Discurso del odio y delitos contra el honor en línea

El entorno digital ha favorecido la difusión de contenidos lesivos del honor y la propagación del discurso de incitación al odio y la violencia (art. 510 CP). Las injurias y calumnias vertidas en redes sociales o internet se difunden de forma inmediata y masiva, y la víctima de estas conductas sufre un daño reputacional que persiste en el tiempo por la permanencia de los contenidos en la red, lo que agrava la lesión y dificulta su reparación.

En estos supuestos debe tenerse presente el conflicto con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información, por lo que debe valorarse cada caso para conjugar el ejercicio legítimo de la crítica en el debate público con la protección de los derechos de la víctima. En este ámbito, la colaboración de los prestadores de servicios en la retirada de los contenidos ilícitos es un instrumento complementario de la vía penal.

## V. LA TUTELA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL POR DELITOS INFORMÁTICOS

### 1. La prueba electrónica y la cadena de custodia

La persecución de los delitos informáticos se apoya principalmente en las pruebas electrónicas. La especial naturaleza de este tipo de prueba, que es volátil y fácilmente manipulable, exige reforzar las medidas necesarias para su obtención, conservación y valoración, mediante la vigilancia de la cadena de custodia y el empleo de mecanismos técnicos de verificación. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha subrayado la necesidad de garantizar la autenticidad e integridad de la prueba electrónica, especialmente cuando su contenido resulta impugnado por la parte a quien perjudica.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Un ejemplo de estas exigencias lo ofrece la Sentencia 300/2015 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 2015[5], relativa a la valoración probatoria de conversaciones mantenidas a través de la red social Tuenti. La Sala admite la validez probatoria de la mensajería instantánea, siempre que se garantice la autenticidad y la integridad del contenido, y subraya que, cuando se impugna la autenticidad, la carga de la prueba recae en quien pretende valerse del documento. En el caso concreto, la fiabilidad de las conversaciones quedó asegurada por la declaración en juicio del otro interlocutor, que confirmó la realidad y el contenido de los mensajes, sin que fuera imprescindible una pericial informática.

## 2. Las medidas de investigación tecnológica

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, incorporó a la LECrim el nuevo Título VIII del Libro II (arts. 588 bis a) y siguientes), que regula las medidas de investigación tecnológica y los principios que las rigen.

Entre las medidas previstas se encuentran la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes, la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, el registro remoto de equipos informáticos y la figura del agente encubierto informático. Todas ellas se someten a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, así como, con carácter general, a la exigencia de autorización judicial.

## 3. La obtención transfronteriza de pruebas electrónicas

La dimensión transnacional de muchos delitos informáticos plantea dificultades específicas para la investigación penal. El anonimato del autor, facilitado por el uso de redes privadas virtuales, técnicas de cifrado, criptomonedas y entornos de difícil rastreo, dificulta en gran medida su identificación. Por otra parte, la extraterritorialidad de las conductas, que a menudo se cometen desde jurisdicciones distintas a aquélla en que se produce el resultado, plantea problemas complejos de competencia y de cooperación internacional. Determinados instrumentos como el paquete «e-evidence» y el Segundo Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electrónicas, de 12 de mayo de 2022, han impulsado la obtención transfronteriza de pruebas electrónicas. No obstante, en la práctica la obtención de dichas pruebas se sigue enfrentando a grandes dilaciones que perjudican a la víctima.

[5] STS Sala 2ª 300/2015, de 19 mayo 2015.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 4. La retirada de contenidos y la tutela cautelar

Uno de los ámbitos en que la protección de la víctima presenta mayores deficiencias es la retirada urgente de los contenidos ilícitos. A diferencia de los tipos criminales tradicionales en los que el daño se agota con la conducta, en el entorno digital el perjuicio se renueva y se expande mientras el contenido sigue accesible en la red. Por tanto, la respuesta penal no puede limitarse a la sanción posterior del responsable; cuando el daño deriva de la difusión de un contenido, la rapidez en su retirada puede resultar determinante para evitar que continúe propagándose.

Para conseguir este fin, el ordenamiento jurídico ofrece diversas vías, como las medidas cautelares en el seno del proceso penal, las órdenes dirigidas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para la retirada o el bloqueo de contenidos, y los mecanismos administrativos de tutela urgente. La coordinación entre estas vías y la rapidez en su activación son determinantes para que la protección sea eficaz.

## VI. PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL OLVIDO COMO INSTRUMENTOS DE TUTELA

La protección de la cibervíctima no se agota en el derecho penal. La normativa de protección de datos, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, recogen medidas complementarias para la protección de la víctima. El art. 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679 consagra el principio de integridad y confidencialidad, exigiendo que los datos se traten de forma que se garantice su seguridad, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra la pérdida, destrucción o daño accidental.

La sentencia del TJUE en el asunto C-131/12, dictada el 13 de mayo de 2014[6] en el litigio de Google Spain, S.L. y Google Inc., consagró el derecho al olvido en internet y estableció que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de los datos personales que indexan, permitiendo a la víctima solicitar la eliminación o la desindexación de contenidos que lesionan su intimidad, su honor o su propia imagen.

## VII. CONCLUSIONES

**Primera.** Los delitos informáticos no constituyen una categoría autónoma del Código Penal, sino un conjunto heterogéneo de conductas que, en atención al bien jurídico protegido, se reparten en títulos tan distintos como los relativos a la intimidad, la libertad, la indemnidad sexual, el patrimonio o el honor. Esta dispersión es

[6] STJUE asunto C-131/12, de 13 de mayo de 2014.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

coherente con la sistemática del Código, pero dificulta una visión global que permita ofrecer una tutela homogénea a la víctima.

**Segunda.** El marco normativo del derecho interno que regula los delitos informáticos ha alcanzado un alto grado de desarrollo. En el plano sustantivo, la Ley Orgánica 1/2015 y la transposición de las directivas europeas han actualizado los tipos penales; en el plano procesal, la Ley Orgánica 13/2015 ha dotado a la investigación de un conjunto de medidas tecnológicas sujetas a control judicial.

**Tercera.** La cibervíctima tiene un perfil propio, caracterizado por la exposición potencialmente universal, permanencia y expansión del daño en la red, anonimato del agresor y gran dificultad para reparar el perjuicio, que exige respuestas específicas. La eficacia de la persecución no solo depende de la correcta obtención y conservación de la prueba electrónica, con estricta observancia de la cadena de custodia, sino que la interrupción rápida de la difusión y la retirada de los contenidos ilícitos resultan tan determinantes como la propia sanción del autor.

**Cuarta.** La tutela integral de la víctima exige superar el enfoque exclusivamente penal e integrar de manera coordinada las vías civil y administrativa. La normativa de protección de datos y el derecho al olvido (reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) operan como instrumentos complementarios de reparación y de contención del daño, especialmente idóneos por su rapidez frente a la propagación de los contenidos.

**Quinta.** La combinación de la vía penal, la civil y la administrativa es el modelo más idóneo para dispensar una protección integral a la víctima. El desafío pendiente no es tanto reforzar la respuesta sancionadora, que ya está fuertemente consolidada, sino complementarla con una protección de la víctima acorde con las exigencias de la era digital.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes normativas

Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Budapest, 23 de noviembre de 2001, y Segundo Protocolo Adicional, Estrasburgo, 12 de mayo de 2022.

Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

Directiva (UE) 2022/2555 (NIS2), de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas para garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en la Unión.

Reglamento (UE) 2023/1543 y Directiva (UE) 2023/1544, de 12 de julio de 2023, sobre órdenes europeas de entrega y de conservación de pruebas electrónicas en procesos penales.

Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD), de 27 de abril de 2016, y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (medidas de investigación tecnológica).

**Jurisprudencia**

STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. contra AEPD y Mario Costeja González, sobre derecho al olvido en internet.

STS, Sala Segunda, núm. 300/2015, de 19 de mayo, sobre valoración probatoria de la mensajería instantánea.

STS, Sala Segunda, Pleno, núm. 91/2022, de 7 de febrero, sobre el requisito de gravedad en el delito de daños informáticos del art. 264.1 CP.

STS, Sala Segunda, núm. 183/2024, de 29 de febrero, sobre bomba lógica y daños informáticos agravados en sistemas de una entidad bancaria.

STS, Sala Segunda, núm. 1021/2025, de 11 de diciembre, sobre cifrado remoto de servidor empresarial y concurso medial entre daños informáticos y coacciones.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# Doctrina Penal

## EL LEVANTAMIENTO DE CADÁVER ANTE UNA MUERTE VIOLENTA

*Sandra Barrera Vinent*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

**SUMARIO:** *I. La comisión judicial y sus integrantes. II. Primeras noticias, actos y decisiones ante el levantamiento de cadáver. III. Actuaciones coetáneas al levantamiento del cadáver. IV. Reconstrucción de los hechos y entrega del cuerpo a familiares. V. Conflicto de derechos frente a los familiares. VI. La figura del juez de instrucción: psicología, vivencias y aspectos prácticos en el terreno. VII. Bibliografía*

### I. LA COMISIÓN JUDICIAL Y SUS INTEGRANTES

La discutida participación del Letrado de la Administración de Justicia en la comisión judicial. Son muchos los problemas de interpretación y en la actualidad la duda no ha sido resuelta, siendo que cada juez decide en su juzgado quien ha de integrar la comitiva judicial que ha de acudir a levantar el cadáver.

La doctrina minoritaria considera es necesaria tal figura del secretario judicial o letrados de la administración de justicia (LAJ) al acto de levantamiento de cadáver junto al juez y médico forense. Y ello porque el oficio de autorización para traslado del cuerpo por la funeraria, solo puede extenderlo el LAJ.

El artículo clave que secunda esta teoría es el art. 453 LOPJ, que establece que los LAJ ejercen la fe pública judicial y la documentación de las actuaciones procesales. En relación con las diligencias del levantamiento y traslado de cadáver, destacan estas funciones:

- Dar fe de las actuaciones judiciales.
- Documentar diligencias y actas.
- Expedir oficios y mandamientos.
- Impulsar el procedimiento.
- Custodiar expedientes y actuaciones.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La doctrina mayoritaria considera que no es necesario, sería una medida poco práctica pues el juzgado de guardia quedaría en ese momento sin letrado y sin juez, no siendo necesario que vaya el LAJ al lugar de los hechos. Refieren como motivo principal, que el oficio de autorización de traslado puede ser firmado y entregado a la funeraria por el juez de guardia, e incluso por el médico forense cuando se le ha delegado el levantamiento.

Y es que el juez podrá decidir que acuda al lugar únicamente el médico forense, conforme al art. 778.6 LECr que señala: *El juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorporará una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias, especialmente todas aquellas que tuviesen relación con el hecho punible.*

Ello quiere decir que el acto de levantamiento de cadáver es tanto el acudir al lugar donde se encuentra el cuerpo y realizar la inspección ocular, como finalizarlo de forma óptima, dando autorización mediante la entrega del oficio pertinente a la funeraria para que traslade el cadáver al Instituto de Medicina Legal. Es decir que los seguidores de esta teoría consideran que el Letrado de la Administración de Justicia no es el único que puede suscribir el oficio. Y es que se ha de atender sobremanera que el oficio es la comunicación y autorización para traslado por la funeraria del cadáver y esta autorización puede darse verbalmente, en el lugar, sin perjuicio de que posteriormente se documente en autos.

Y en relación a este argumento, señalan que en el orden penal los oficios son directamente emitidos por el juez, por ende el médico forense podrá entregarlos cuando ha sido delegado en las funciones por el juez, es decir, expedir, firmar y entregar el oficio pro forma, actuando comisionado por las mismas facultades, entendiendo que el Letrado no acude para dar fe pública del acto, siendo que entonces la documentación de actuaciones podrá realizarla el juez o el forense, que además de hecho ya han de documentar lo actuado. Otro argumento a favor de la doctrina mayoritaria recelosa con la participación del LAJ es que ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni ninguna otra establece como necesaria ni preceptiva su presencia en el acto de levantamiento de cadáver, como así se dispone, *ad exemplum*, con las entradas y registros donde deben constar sin duda alguna.

La práctica habitual, sin embargo, se ha resuelto de forma que el juzgado de guardia cuando recibe aviso de hallazgo de cadáver antes de las 20.00 horas, el oficio se remite por el juzgado de guardia con firma del Letrado de la Administración de Justicia. A partir de esa hora de la noche lo firmará el juez o incluso el médico forense si el juez ha delegado en él.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Y es que desde la entrada en vigor de los llamados «juicios rápidos», el titular del juzgado de guardia ante el ingente trabajo le era complicado desplazarse a las diligencias de levantamiento de cadáveres conque la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incluyó en su disposición final primera, el que hoy sería el actual artículo 778.6 LECr lo siguiente: *el juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver.*

El médico forense ejerce destinado en un Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, (este último con sede en Madrid y departamentos en Barcelona, Sevilla y Tenerife) y su Real Decreto 296/1996 de 23 de febrero aprueba su donde atribuye funciones como: emitir informes médico-legales, realizar autopsias y prácticas tanatológicas, asistir a jueces, tribunales y fiscalías, valorar lesiones y daños corporales y asistir médicamente a detenidos a disposición judicial.

## II. PRIMERAS NOTICIAS, ACTOS Y DECISIONES ANTE EL LEVANTAMIENTO DE CADÁVER

El levantamiento del cadáver es, ante todo, una diligencia de instrucción penal: un acto procesal que persigue fijar el estado en el que quedó el cuerpo; su posición, las condiciones del entorno y cuantos indicios materiales existan en el lugar antes de que cualquier intervención los altere. No es simplemente "retirar y levantarlo", sino una inspección técnica in situ.

Al lugar de los hechos habrá llegado el servicio sanitario, que realizará las maniobras oportunas para reanimar a la persona, describiendo después documentalmente la forma en que se manipuló el cuerpo, con el objeto de que posteriormente no sean confundidas las lesiones de la reanimación que pudieron causarse, con la lesión que dio origen a la muerte. Deben reanimar a la persona y en caso de no supervivencia deberán certificar la muerte. Y con este acto, certificar, nos encontramos con un problema, que como el de la comisión judicial, tampoco ha sido resuelto. En la práctica es frecuente que desdeñen suscribir certificado alguno. En la mayoría de mis experiencias a lo largo de 8 años, aunque existan claros antecedentes clínicos de muerte natural, no rellenan ni firman el certificado de defunción, con el propósito de “evitarse” lo que consideran complicaciones legales, a mi juicio pésimamente entendido tal temor al margen del propio desdén a su normativa pues la obligación de certificar la muerte está regulada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, y Ley y el Reglamento del Registro Civil. Por ejemplo, ante una muerte súbita por paro cardíaco, cuyo finado no posee antecedentes médicos de cardiopatías, provoca que el médico de asistencia no quiera firmar el certificado de defunción. Por ende, se comienzan diligencias para iniciar el proceso de judicialización del cadáver, conque deberá acudir la comisión judicial al lugar y no en pocas ocasiones se podría ahorrar tal desplazamiento.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Mientras el servicio sanitario hace su trabajo, se comunica al juzgado de guardia el hallazgo del cuerpo y habrá de determinarse por los datos habidos si la muerte parece natural, violenta o sospechosa de criminalidad. La muerte natural se da sin la participación de otros hechos, únicamente la etiología de la muerte es endógena. La muerte violenta es participada por un mecanismo exógeno; con etiología homicida, suicida o accidental.

La muerte sospechosa de criminalidad es aquella que, si bien parece natural, cabe la duda. Son aquellas muertes en las que su causa o sus circunstancias no se muestran claramente.

## III. ACTUACIONES COETÁNEAS AL LEVANTAMIENTO DEL CADÁVER

Habrá de comprobarse que tipo de muerte es, la data y el mecanismo lesivo si lo hay. Para ello se manipula el cadáver por el forense a fin de valorar los rasgos cadavéricos, comprobar alguna lesión que, de pistas sobre el mecanismo de muerte o lesión, manchas de sangre, fluidos, larvas si está en descomposición... Si las uñas de la mano reflejan indicios de lucha habrá que embolsar los brazos mediante material transpirable para luego poder comprobar el ADN de los restos biológicos de las uñas por si dieran información sobre una segunda persona en el lugar.

Estas actuaciones se realizan en colaboración con la policía judicial que habrá de realizar el reportaje fotográfico al cuerpo y al lugar, tomar declaración a testigos, recoger documentación de identificación y lo que se halle como droga, armas y otros, para su entrega junto al atestado al juzgado de guardia.

Una vez el cuerpo ha sido observado, el lugar está ubicado, se ha tomado declaración y se han recogido efectos, se procede a entregar la autorización a la funeraria para que el cadáver sea embolsado en saco homologado, precintado y llevado al Instituto de Medicina Legal, donde esperará en cámara frigorífica a que el forense y su auxilio realicen la autopsia.

El examen detallado de las lesiones, la toma exhaustiva de muestras y el estudio interno del cuerpo se reservan para la autopsia medicolegal, que se realizará en el Instituto de Medicina Legal. El médico forense con estos datos realizará un informe previo de autopsia que entregará en juzgado de guardia y se incorporará al expediente judicial.

En la autopsia se manipulará el cadáver externa e internamente por el médico forense acompañado de su auxilio. Se han de abrir cavidades siguiendo el protocolo técnico, debiendo recoger muestras de riñón, hígado, estomago o cualquier órgano que entienda el forense es importante a la hora de averiguar la razón de la muerte. Así mismo se puede recoger orina, bilis, humor vítreo, contenido gástrico, cabello, sangre o semen y todo aquello que entienda el médico forense dará fieles datos de la data de la muerte o de la razón del fallecimiento. Importante es la temperatura rectal y el estado del fenómeno cadavérico, que desciende a un

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

grado a la hora durante 12 horas y el enfriamiento que se produce generando *algor mortis* y livideces, que son cambios en la coloración debido a la dilatación de capilares sanguíneos, para terminar en rigor a las 24 horas. Posteriormente aparece la mancha verde abdominal y que ennegrece a las 48 horas. Por medio del crono tanato-diagnóstico el médico forense podrá determinar la data de la muerte.

Con el resultado de la autopsia, suscribirá un informe final de autopsia, es decir la determinación de la causa y mecanismo de la muerte, la data y la etiología. Con este informe el juez determinará a resultas de la información, si se ha de continuar con la instrucción o no. En caso de muerte identificada como natural, dictará un auto de sobreseimiento. Si es una muerte de etiología suicida también se dictará un auto de sobreseimiento, salvo que entienda deben practicarse más diligencias de investigación al efecto. Y si la muerte es homicida, la instrucción del procedimiento irá encaminada a conocer el mecanismo lesivo y la autoría, llamando a declarar a perjudicados, amigos, allegados y toda aquella persona que, de explicación a los hechos, además de practicar otro tipo de pruebas como solicitar grabaciones de cámaras de video vigilancia de algún establecimiento, el volcado de teléfono móvil, etc., y con ello el Ministerio Fiscal podrá calificar jurídicamente los hechos.

## IV. RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS Y ENTREGA DEL CUERPO A FAMILIARES

La declaración del investigado será contrastada por el informe forense, pues es importante saber que se conoce la fórmula por la que se mató a alguien a tenor de la lesión, pues las lesiones que se realizan una vez la persona ha muerto, no produce reacción de tejidos, al contrario de la lesión en una persona viva que posteriormente fallece. Y es que la muerte es un proceso, hasta que cesa la circulación de la sangre.

Es importante estudiar las lesiones del cuerpo a fin de poder reconstruir los hechos, pues será importante conocer si el autor da muerte a una persona y posteriormente la tira por un puente o solo la tira por el puente a fin de que se lesione, pero muere ahogada, diferenciándose notablemente la calificación jurídica, al margen del dolo inherente a cada acción. Las lesiones por armas serán estudiadas a fin de poder conocer el orificio de entrada y salida si lo hay e incluso se averigua la distancia a la que se realizó el disparo, pues a bocajarro deja bordes en la carne de forma irregular y a quemarropa deja tatuaje en la piel. Las lesiones por arma blanca dejan hemorragia si afectan a alguna arteria. Respecto a las asfixias mecánicas, producir el fallecimiento mediante la hipoxia, déficit de oxígeno que puede darse por ahorcadura que puede ser producto de autolisis, que derivará en un archivo del procedimiento o de estrangulación por alguna persona, procedimiento encaminado por ende a la resolución del homicidio.

Una vez realizada la autopsia se redacta la denominada carta orden que elabora el juzgado instructor del caso, documento que recoge la funeraria para poder entregar el cuerpo a la familia. La defunción se ha de inscribir

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

obligatoriamente en el Registro Civil, y ya se podría expedir la licencia para la incineración o el enterramiento. En este caso se puede convocar directamente la ceremonia religiosa o laica, si es laica puede ser en cualquier sitio y si fuera religiosa, hay que pactar con las autoridades eclesiásticas del lugar la tipología del servicio religioso. Por supuesto se podrá evitar, si se quiere, todos los servicios funerarios.

Pero en cualquier caso la familia recibirá Auto del Juzgado con fines funerarios, Certificado Médico de Defunción, confirmando la muerte y Certificado Literal de Defunción del Registro Civil.

## V. CONFLICTO DE DERECHOS FRENTE A LOS FAMILIARES

El levantamiento del cadáver marca el inicio formal de las diligencias previas o del sumario judicial. En muchas ocasiones, la gravedad de los indicios obliga al Juez de Instrucción a decretar el secreto de las actuaciones (secreto de sumario), al amparo del artículo 302 de la LECr para proteger el éxito de la investigación criminal y esta decisión procesal genera una profunda colisión de derechos.

Los familiares de la persona fallecida experimentan una situación de extrema vulnerabilidad. La normativa de la Estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015) reconoce su derecho a ser informados sobre las circunstancias de la muerte y el destino del cuerpo de su allegado, sin embargo, durante días podrá verse mermado su derecho a la información.

En ese caso, bajo el secreto de sumario, la funeraria y los familiares encuentran con que el juzgado no puede revelar la causa de la muerte, ni entregar los objetos intervenidos y aun menos poseer el cuerpo del finado para las honras fúnebres si se prevé la conservación del cadáver para autopsia, complemento de autopsia o realización de alguna prueba biológica.

La merma de sus derechos finaliza únicamente cuando ya se ha concluido la fase de autopsia y se realiza la entrega del cuerpo a la familia no sin antes determinar el juzgado que las pruebas han sido puestas a buen recaudo y comienza la cadena de custodia, garantizando el estado de las pruebas futuras necesarias para el juicio penal.

## VI. LA FIGURA DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN: PSICOLOGÍA, VIVENCIAS Y ASPECTOS PRÁCTICOS EN EL TERRENO

El Juez de Instrucción de guardia es la máxima autoridad en la escena de un levantamiento. A diferencia de su labor ordinaria, que se desarrolla en un despacho rodeado de expedientes, el levantamiento de un cadáver obliga al juez a enfrentarse a la cruda realidad del delito en entornos hostiles, convirtiéndose en el director de un escenario donde la presión psicológica, la urgencia del tiempo y la necesidad de liderazgo técnico son

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

extremas. Sobre el terreno, el juez debe abstraerse del impacto emocional que supone la visión de una muerte violenta para centrarse en un análisis analítico y estrictamente legal. Sus funciones de liderazgo en el lugar del suceso abarcan aspectos que la ley no contempla en los textos, pero que resultan vitales en la práctica forense.

Uno de los momentos más duros para el juez de guardia es la gestión de los familiares presentes en el lugar. Mientras que la policía acordonará la zona por orden del juez, el magistrado debe mantener la templanza jurídica frente a escenas de dolor extremo, equilibrando la empatía con la rigidez necesaria para evitar que los allegados contaminen el perímetro o destruyan pruebas biológicas de forma involuntaria.

**Aspectos curiosos y anécdotas de la práctica judicial española**

Las memorias de los jueces de instrucción en España y los diarios de los juzgados de guardia guardan multitud de situaciones donde el absurdo, el azar o el ingenio del magistrado cambiaron el rumbo de una investigación penal.

En una ocasión real en el norte de España, un juez de guardia, un LAJ y un médico forense caminaron durante más de dos horas bajo la lluvia hacia un barranco tras el aviso del hallazgo de un "cuerpo humano en descomposición". Al llegar a la escena y proceder al examen macroscópico con los testigos métricos, el médico forense determinó que los restos pertenecían a un oso pardo de gran tamaño que llevaba meses muerto. El juez tuvo que dictar un auto de archivo dejando constancia de que la Comisión Judicial se había constituido para levantar los restos de un plantígrado, un recordatorio de que la comisión debe verificar la naturaleza humana del cuerpo antes de activar la maquinaria forense hospitalaria.

Otra situación que pone a prueba la astucia del juez ocurre cuando las excavaciones de obras civiles o agrarias desentierran esqueletos. El protocolo ordinario obliga al Juez de Instrucción a acudir ante la sospecha de una fosa común o crimen oculto.

En las actas judiciales consta el caso de un presunto suicidio por ahorcamiento en un trastero donde la víctima colgaba de una viga. El juez de instrucción, al examinar la escena antes de autorizar el descolgamiento y levantamiento, observó que los nudos de la cuerda estaban perfectamente ejecutados por la espalda de la víctima y que el taburete volcado en el suelo se encontraba a una distancia físicamente imposible de alcanzar por las piernas del fallecido.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Julia Miguel Valles, El cadáver y el investigado. Actuación del médico forense. CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS 23 DE MARZO DE 2022.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Robledo, Paz, Viñuela, Hormigos. Laboratorio de antropología forense y criminalística de la Universidad Complutense de Madrid. Nº 8, septiembre 2013, COET.ES, WEB

Clínica Universitaria de Navarra. Https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/levantamiento-cadaver

José Domingo Sánchez Pérez y Yolanda Palomo Herrera, La actuación del Médico Forense en virtud del artículo 778.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «i ves algo raro, me llamas, https://www.funeralnatural.net/articulos/pasos-a-seguir-en-la-muerte-judicial

Manual de criminalística para la policía judicial. Secretaria General Técnica Del Ministerio del Interior. Año 2017.

Ministerio de Sanidad, guía de consenso sobre sanidad mortuoria Aprobada por el Consejo Inter territorial del Sistema Nacional de Salud el 4 de julio de 2025.

Code de Procédure Pénale de la République Française. (Sección de muertes sospechosas).

Codice di Procedura Penale della Repubblica Italiana. (Artículos relativos a las funciones del Pubblico Ministero).

Coroners and Justice Act 2009 (Reino Unido).

Sanz, M., & Villanueva, M. S. (2021). Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación de la escena del crimen: Escáner 3D y fotogrametría forense. Revista de Ciencias Forenses, 14(2), 45-58.

Thali, M. J., Dirnhofer, R., & Vock, P. (Eds.). (2019). The Virtopsy Approach: 3D Optical and Radiological Scanning Technology in Forensic Medicine. CRC Press.

Para la parte del Médico Forense y tipos de muerte: Gisbert Calabuig, J. A. (2019). Medicina Legal y Toxicología (7ª ed.). Elsevier España.

Para la parte de la Policía Judicial y técnicas de recogida: Fontserè, J., & Rodríguez, M. (2021). Manual de Inspección Técnico Policial y Ciencias Forenses. Editorial Tecnos.

Para los problemas del LAJ y la ruptura de la cadena de custodia: Magro Servet, V. (2022). Guía práctica de la prueba penal: Su obtención y valoración en el juicio oral. Editorial Colex.

Para la evolución histórica y el Juez de Instrucción: Gimeno Sendra, V. (2023). Derecho Procesal Penal (4ª ed.). Editorial Colex.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL. PRESUPUESTOS DEL ARTÍCULO 544 BIS LECr, DELIMITACIÓN FRENTE A LA ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 544 TER Y TUTELA ESPECÍFICA DE LOS MENORES CONFORME AL ARTÍCULO 544 QUINQUIES Y AL ARTÍCULO 158 CC

*Anna Blasco Soler*

Jueza Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Marco general de las medidas cautelares de protección de las víctimas. 1. Naturaleza jurídica y finalidad. III. Las medidas cautelares del artículo 544 bis LECr. IV. La orden de protección del artículo 544 ter LECr. VI. La protección cautelar específica de los menores en el proceso penal. VII. Las medidas de protección del artículo 158 del Código Civil. VIII. Articulación entre los artículos 544 ter, 544 quinquies LECr y 158 CC. IX. Conclusiones: problemas prácticos en el servicio de guardia y valoración crítica. X. Fuentes y bibliografía*

**Resumen:** *Este trabajo examina las medidas cautelares de protección en el proceso penal, con especial atención al artículo 544 bis LECr y a su reforma por la Ley Orgánica 1/2026 para prevenir la reiteración delictiva. Se delimitan sus presupuestos frente a la orden de protección del artículo 544 ter y se analiza la tutela de los menores conforme a los artículos 544 quinquies LECr y 158 CC. Desde la perspectiva del servicio de guardia, se sostiene que una protección eficaz exige seleccionar el título habilitante adecuado, individualizar el riesgo y adoptar medidas proporcionadas, ejecutables y sujetas a revisión.*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Justificación y delimitación del objeto de estudio

La protección de la víctima forma parte de las primeras actuaciones del proceso penal. Tras la reforma de 2026, el artículo 13 LECr incluye expresamente la evitación de la reiteración delictiva entre las finalidades que pueden justificar las medidas de los artículos 544 bis y 544 ter. La urgencia propia del servicio de guardia no exime, sin embargo, de identificar los indicios y el riesgo ni de justificar la necesidad y proporcionalidad de la restricción, especialmente cuando afecta a menores[1].

El presente trabajo analiza el artículo 544 bis LECr, aplicable a los delitos comprendidos en el artículo 57 CP cuando la medida resulte estrictamente necesaria para proteger a la víctima o evitar la reiteración delictiva,

[1] Artículo 13 LECr, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril, en vigor desde el 10 de abril de 2026. La reforma incorporó expresamente la evitación de la reiteración delictiva entre las finalidades de las primeras diligencias.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

así como su delimitación respecto de los artículos 544 ter y 544 quinquies LECr y su relación con el artículo 158 CC[2].

### 2. Pluralidad de instrumentos de protección

Los preceptos examinados responden a funciones diferentes: el artículo 544 bis regula medidas cautelares penales personales; el artículo 544 ter articula una orden de protección de contenido penal, civil y asistencial; el artículo 544 quinquies permite adoptar medidas de contenido familiar en favor de víctimas menores; y el artículo 158 CC establece una cláusula general de protección del menor[3]. Su aplicación exige seleccionar el título habilitante adecuado, individualizar el riesgo y precisar el contenido, duración y revisión de cada medida.

## II. MARCO GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

### 1. Naturaleza jurídica y finalidad

Las medidas cautelares se adoptan antes de una declaración firme de culpabilidad y se fundan en un juicio provisional. No tienen finalidad sancionadora ni pueden operar como pena anticipada. Su función consiste en neutralizar un riesgo jurídicamente relevante durante la tramitación del proceso.

Su naturaleza no es uniforme: las prohibiciones del artículo 544 bis son medidas penales personales; la orden del artículo 544 ter posee contenido complejo; y las previstas en los artículos 544 quinquies LECr y 158 CC, aunque se acuerden en sede penal, inciden materialmente sobre relaciones familiares.

### 2. Instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad

La medida es instrumental porque sirve a una finalidad de protección; provisional porque no decide definitivamente la responsabilidad penal ni las relaciones familiares; temporal porque solo puede mantenerse mientras resulte necesaria; y variable porque debe modificarse o alzarse cuando cambien los indicios, el riesgo o las circunstancias relevantes. Estos caracteres excluyen su mantenimiento automático por la mera pendencia del procedimiento[4].

### 3. Presupuestos generales para su adopción

***a)*** Apariencia delictiva o *fumus commissi delicti*

Deben existir datos objetivos que permitan sostener provisionalmente la comisión de un delito y la posible participación de la persona afectada. No se exige prueba plena, pero tampoco bastan sospechas genéricas, la

[2] Artículo 544 bis, párrafos primero y segundo, LECr, en su redacción vigente.

[3] Artículos 544 ter y 544 quinquies LECr y artículo 158 CC. Este último permite adoptar medidas de protección del menor dentro de cualquier proceso, incluido el penal, o en un expediente de jurisdicción voluntaria.

[4] STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3. Su doctrina se formula respecto de la prisión provisional y se emplea aquí únicamente como marco constitucional general, con la necesaria adaptación a la distinta naturaleza e intensidad de las medidas examinadas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

gravedad abstracta del hecho o la mera reproducción del atestado. Además, el delito investigado ha de quedar comprendido en el ámbito del precepto aplicado.

b) Existencia de un peligro cautelar

Los indicios no justifican por sí solos la restricción. Debe apreciarse un riesgo concreto para la persona protegida o, conforme al artículo 544 bis vigente, de reiteración delictiva. El pronóstico ha de inferirse de circunstancias objetivables (reiteración, amenazas, incumplimientos, acceso a la víctima, convivencia o vulnerabilidad) y no de una presunción general de peligrosidad.

c) Idoneidad, necesidad y proporcionalidad

La medida debe ser apta para neutralizar el riesgo, no existir otra alternativa igualmente eficaz y menos gravosa, y guardar proporción entre el sacrificio impuesto y los bienes protegidos. La ponderación comprende también su alcance territorial, distancia, personas, medios de comunicación y duración. La exigencia de "estricta necesidad" del artículo 544 bis refuerza este control[5].

d) Motivación judicial reforzada

El auto debe identificar los indicios, el riesgo, la finalidad perseguida y las razones por las que la medida resulta idónea, necesaria y proporcionada. No basta una remisión genérica al atestado ni el empleo de fórmulas estereotipadas. Cuando existan menores, deberá individualizarse el riesgo que les afecta y la relación de la medida con su interés superior[6].

## 4. Derechos fundamentales afectados y exigencias de ponderación

Las medidas protegen la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de la víctima, pero pueden limitar la libertad de circulación y residencia, la intimidad y la vida familiar del investigado. La presunción de inocencia no impide su adopción, aunque proscribe su utilización punitiva. La ponderación debe proyectarse sobre la restricción concreta, su intensidad y su duración[7].

## 5. La protección de las víctimas en el servicio de guardia

El artículo 42.1 del Reglamento 1/2005 incluye expresamente entre las funciones del servicio de guardia la adopción de medidas cautelares de protección de la víctima y la práctica de actuaciones urgentes o inaplazables atribuidas a los juzgados de instrucción y de violencia sobre la mujer[8].

---

5 Artículo 544 bis LECr; STC 207/1996, de 16 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4, sobre los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

6 STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que exige que la resolución limitativa exteriorice el juicio de ponderación entre el derecho afectado y el fin constitucionalmente legítimo perseguido.

7 Artículos 15, 18, 19, 24.2 y 39 CE y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

8 Artículo 42.1 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en su texto consolidado vigente.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La intervención durante la guardia debe ofrecer una respuesta inmediata, pero no necesariamente definitiva. Cuando los elementos iniciales sean insuficientes para adoptar una regulación estable (especialmente en materia de menores), procederá acordar la protección indispensable y prever su revisión tras la práctica de las diligencias necesarias. La urgencia justifica la celeridad, no la ausencia de motivación ni la prolongación inercial de las medidas.

## III. LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 544 BIS LECr

### 1. Configuración autónoma y ámbito de aplicación

El artículo 544 bis LECr regula medidas cautelares penales de contenido negativo mediante las que se impone al investigado la obligación de abandonar o evitar determinados espacios, mantenerse alejado de ciertas personas o abstenerse de comunicarse con ellas. Aunque su contenido coincide parcialmente con las prohibiciones que pueden imponerse como pena conforme a los artículos 48 y 57 CP, su fundamento es distinto: no responde a un juicio definitivo de culpabilidad, sino a la necesidad de neutralizar provisionalmente un riesgo apreciado durante la tramitación del proceso[9].

Su ámbito objetivo viene determinado por la remisión a los delitos enumerados en el artículo 57 CP. Esta técnica legislativa confiere al precepto una amplitud considerable, pues comprende delitos contra bienes jurídicos personales (vida, integridad, libertad, indemnidad sexual o intimidad), pero también delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares. La medida no queda, por tanto, circunscrita a la violencia de género o doméstica, ni exige una relación familiar, de convivencia o afectividad entre el investigado y la persona protegida[10].

Esta autonomía subjetiva constituye una de las diferencias esenciales respecto del artículo 544 ter LECr. El artículo 544 bis permite intervenir cuando la víctima es una expareja, un familiar, una persona desconocida, una compañera de trabajo o cualquier otro sujeto afectado por uno de los delitos comprendidos en el artículo 57 CP. La relación entre las partes puede ser relevante para valorar el riesgo, pero no constituye un presupuesto de aplicabilidad.

La amplitud del precepto no significa que toda investigación por alguno de esos delitos habilite automáticamente una prohibición. La remisión al artículo 57 CP delimita el presupuesto objetivo, pero la

[9] Arts. 48 y 57 del Código Penal y art. 544 bis LECr. El artículo 57 enumera los delitos en los que pueden imponerse las prohibiciones del artículo 48; el artículo 544 bis utiliza ese catálogo como presupuesto objetivo de las medidas cautelares

[10] Arts. 57.1 CP y 544 bis LECr. El artículo 544 bis no condiciona su aplicación a la existencia de una relación familiar, convivencial o afectiva entre el investigado y la víctima.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

legitimidad de la medida depende de su estricta necesidad. La tipología delictiva abre la posibilidad jurídica de intervención; la existencia y configuración del peligro determinan si esa posibilidad puede materializarse en el caso concreto.

El artículo conserva, además, expresiones que no se corresponden con la terminología procesal vigente. Pese a la sustitución general de los términos "imputado" e "inculpado" por "investigado" y "encausado" operada en 2015, el artículo 544 bis continúa refiriéndose al "inculpado". La discordancia carece de consecuencias sustantivas, pero evidencia la fragmentación de una regulación modificada sucesivamente sin una revisión sistemática de conjunto[11].

## 2. Protección de la víctima y evitación de la reiteración delictiva

La Ley Orgánica 1/2026 ha introducido la modificación más relevante del precepto desde su creación. Hasta entonces, la adopción de las prohibiciones debía resultar estrictamente necesaria para proteger a la víctima. Desde el 10 de abril de 2026 pueden acordarse también cuando esa misma necesidad se vincule a la evitación de la reiteración delictiva[12].

La reforma amplía la función del artículo 544 bis, pero no elimina su carácter cautelar ni rebaja el estándar exigido. La expresión "estrictamente necesario" continúa presidiendo ambas finalidades y obliga a excluir decisiones fundadas en la mera conveniencia, en una prevención genérica o en la alarma asociada al delito. La medida debe responder a un riesgo individualizado y guardar conexión con la persona, el lugar o la forma de actuación sobre los que se proyecta la prohibición.

Cuando se persigue la protección de una víctima concreta, el juicio se orienta a evitar nuevos contactos, intimidaciones, agresiones o interferencias en su vida cotidiana. Deben ponderarse la entidad y reiteración de los hechos, las amenazas, la existencia de conductas de vigilancia o control, la accesibilidad del investigado, los incumplimientos anteriores y la especial vulnerabilidad de la persona protegida. El temor expresado por la víctima puede formar parte de la valoración, pero no sustituye la identificación de datos que permitan objetivar el riesgo.

La finalidad de evitar la reiteración delictiva presenta mayores dificultades interpretativas. La reforma se inserta en una ley dirigida principalmente a responder a la multirreincidencia, en especial en el ámbito patrimonial. La remisión del artículo 544 bis al artículo 57 CP permite, en principio, adoptar prohibiciones

[11] La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, sustituyó en numerosos preceptos las expresiones "imputado" por "investigado" o "encausado", aunque el texto vigente del artículo 544 bis conserva el término "inculpado".
[12] Art. 1.3 y disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril, en materia de multirreincidencia, vigente desde el 10 de abril de 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

relativas a determinados lugares para prevenir la repetición de delitos contra el patrimonio. Sin embargo, la reforma no autoriza a convertir las prohibiciones cautelares en mecanismos generales de exclusión de espacios públicos o establecimientos comerciales[13].

La reiteración no puede presumirse por la mera existencia de antecedentes ni confundirse con una valoración abstracta de peligrosidad. Es preciso identificar un riesgo actual de repetición y explicar por qué la prohibición territorial o personal elegida resulta adecuada para evitarlo. Cuanto menos vinculada se encuentre la medida a la protección de una víctima individualizada, más intensa deberá ser la motivación sobre la conexión entre el lugar, la conducta investigada y el peligro de reiteración.

La nueva finalidad plantea, por ello, un límite estructural; a saber, el artículo 544 bis solo permite las prohibiciones expresamente previstas. No constituye una cláusula general para imponer cualquier medida de prevención especial. La reiteración debe poder neutralizarse razonablemente mediante una restricción de residencia, acceso, aproximación o comunicación. Si la medida elegida no guarda relación funcional con el riesgo, faltará la idoneidad necesaria, aunque existan antecedentes o sospechas de repetición.

La ausencia, por el momento, de una doctrina jurisprudencial consolidada sobre el alcance de la reforma aconseja una interpretación restrictiva, presidida por la estricta necesidad, la vinculación funcional entre la prohibición y el riesgo apreciado y la posibilidad real de cumplimiento.

### 3. Individualización judicial de las prohibiciones

La proporcionalidad del artículo 544 bis no se agota en decidir si procede adoptar alguna medida. Se proyecta sobre su concreta configuración: ámbito territorial, personas protegidas, distancia, canales de comunicación, duración y repercusiones personales. La expresión legal "con la graduación que sea precisa" impone una individualización incompatible con resoluciones estandarizadas.

La prohibición de residir es la medida espacialmente más intensa. Obliga a abandonar el domicilio o impide fijarlo en un determinado lugar, con consecuencias directas sobre la vivienda, la actividad laboral y la vida familiar. Su adopción requiere justificar por qué una simple prohibición de aproximación o de acceso a lugares concretos no ofrece una protección suficiente.

La prohibición de acudir permite una delimitación más selectiva, pero debe formularse con precisión. La referencia indeterminada a "lugares frecuentados por la víctima" puede dificultar el conocimiento del

[13] Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2026, que vincula la reforma a la respuesta frente a la reiteración de delitos patrimoniales y otras infracciones de menor gravedad.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

mandato y generar incertidumbre ante un eventual quebrantamiento. La resolución debe concretar, cuando sea posible, domicilios, centros de trabajo, establecimientos o zonas especialmente relevantes, sin trasladar al investigado una obligación imposible de cumplir por desconocimiento de los movimientos cotidianos de la persona protegida.

La distancia mínima de aproximación tampoco puede fijarse de manera automática. Deben valorarse la estructura urbana, la proximidad entre domicilios, los centros de trabajo, los medios de transporte, la existencia de hijos comunes y la posibilidad material de respetar la prohibición. Una distancia excesiva puede producir de hecho una expulsión del municipio; una distancia insuficiente puede mantener la exposición al riesgo.

La prohibición de comunicación debe comprender los medios adecuados al comportamiento que pretende evitar. Puede alcanzar contactos personales, telefónicos, postales, telemáticos o realizados mediante terceras personas utilizadas conscientemente como medio para hacer llegar mensajes o establecer un contacto indirecto con la persona protegida. Si existen hijos comunes o gestiones imprescindibles, la respuesta no debe consistir en tolerar comunicaciones directas contrarias a la medida, sino en establecer mecanismos intermediados mediante profesionales, familiares autorizados, puntos de encuentro o canales procesales.

La ley obliga expresamente a considerar la situación económica, la salud, las circunstancias familiares y la actividad laboral del investigado, con especial atención a su continuidad. No se trata de anteponer sus intereses a la seguridad de la víctima, sino de evitar restricciones colaterales que no aporten una protección efectiva. Una medida correctamente individualizada puede ser más eficaz y, al mismo tiempo, menos gravosa[14].

En los procedimientos relativos a delitos incluidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 10/2022, el cumplimiento puede controlarse mediante dispositivos telemáticos. La decisión requiere motivación específica: la gravedad del delito no basta por sí sola para imponer vigilancia tecnológica. Deben valorarse el riesgo de incumplimiento, la necesidad de alerta inmediata y la utilidad real del mecanismo en el caso concreto[15].

## 4. Régimen procesal

El artículo 544 bis no articula una comparecencia previa preceptiva equivalente a la regulada para la orden de protección. Esta ausencia permite adoptar una medida inmediata cuando la demora pueda frustrar su

[14] Art. 544 bis, párrafo tercero, LECr

[15] Art. 544 bis, último párrafo, LECr, en relación con el art. 3 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

finalidad. No obstante, la urgencia no debe interpretarse como una exclusión definitiva de la contradicción. El afectado conserva el derecho a impugnar la resolución y a solicitar su modificación o alzamiento, y el órgano judicial debe revisar la medida cuando disponga de nuevos elementos.

El auto deberá definir con claridad el contenido de la prohibición y notificarse de modo que quede constancia del conocimiento efectivo de su existencia, vigencia y alcance. La eventual responsabilidad por quebrantamiento exige que el destinatario conozca la medida y la conducta que le ha sido prohibida. La jurisprudencia penal considera suficiente, a efectos del dolo, dicho conocimiento, sin necesidad de un propósito específico de desafiar a la autoridad o lesionar a la víctima[16].

Los encuentros casuales exigen distinguir entre la coincidencia involuntaria y la permanencia consciente en una situación prohibida. La mera aparición inesperada de la víctima no determina automáticamente el quebrantamiento; pero, una vez conocida la proximidad, corresponde al destinatario de la prohibición apartarse. La libertad ambulatoria restringida es la suya, no la de la persona protegida[17].

La ley no establece un plazo máximo uniforme. Esta omisión no permite mantener la medida hasta la finalización del proceso por simple inercia. La persistencia de la investigación no equivale a la subsistencia del riesgo. La revisión resulta particularmente necesaria cuando la instrucción se prolonga, se debilitan los indicios o cambian las circunstancias personales.

El incumplimiento tampoco conduce automáticamente a la prisión provisional. El artículo 544 bis obliga a convocar la comparecencia del artículo 505 LECr, en la que deberán valorarse la incidencia, motivos, gravedad y circunstancias del quebrantamiento. Solo después podrá acordarse, si concurren sus requisitos propios, la prisión provisional, una orden de protección u otra medida más restrictiva, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda derivarse del artículo 468 CP[18].

## IV. LA ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 544 TER LECr

### 1. Naturaleza jurídica y delimitación objetiva y subjetiva

La orden de protección no es una prohibición de alejamiento cualificada ni una medida cautelar unitaria. Constituye un instrumento procesal que permite concentrar en una resolución medidas penales y civiles y activar los mecanismos asistenciales y administrativos previstos para la víctima. Su rasgo distintivo no reside

[16] STS de 20 de noviembre de 2025, ROJ: STS 5334/2025, ECLI:ES:TS:2025:5334, rec. 186/2023
[17] STS de 30 de mayo de 2024, ROJ: STS 3075/2024, ECLI:ES:TS:2024:3075, rec. 1647/2022.
[18] Art. 544 bis, párrafo cuarto, LECr.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

en la mayor intensidad de una determinada restricción, sino en la integración de respuestas de distinta naturaleza dentro de un estatuto común[19].

Su ámbito es más limitado que el del artículo 544 bis. El artículo 544 ter exige indicios fundados de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad y que la persona afectada pertenezca al círculo relacional del artículo 173.2 CP. A ello se añade una situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de medidas de protección.

La orden se proyecta sobre la violencia doméstica y, por remisión del artículo 62 de la Ley Orgánica 1/2004, sobre la violencia de género. No obstante, la pertenencia de las partes al ámbito familiar o afectivo no basta: deben concurrir igualmente un delito comprendido en el catálogo legal y un riesgo objetivamente apreciable[20].

El carácter integral de la orden tampoco obliga a incorporar siempre medidas penales, civiles y sociales de manera acumulativa. El órgano judicial deberá seleccionar las que resulten necesarias y evitar que la concesión de la orden se convierta en una fórmula genérica desprovista de contenido individualizado.

### 2. La situación objetiva de riesgo y la audiencia urgente

La "situación objetiva de riesgo" constituye el presupuesto específico del artículo 544 ter. No se identifica con la certeza de una futura agresión, pues la protección cautelar perdería su sentido si fuera necesario esperar a la materialización del daño. Tampoco puede deducirse automáticamente de la denuncia o de la existencia de una crisis familiar.

El riesgo debe formularse como un pronóstico razonado a partir de los hechos investigados, su gravedad y proximidad temporal, la reiteración, las amenazas, la capacidad de acceso a la víctima, los mecanismos de control ejercidos, los antecedentes y las circunstancias de especial vulnerabilidad. La objetividad no exige prescindir del relato de la víctima, sino contrastarlo con el conjunto de los elementos disponibles.

Los instrumentos policiales de valoración constituyen una fuente relevante, pero no sustituyen la decisión jurisdiccional. Su resultado debe integrarse con las declaraciones, partes médicos, mensajes, antecedentes, testimonios y restantes diligencias. La resolución no puede limitarse a reproducir un nivel policial de riesgo sin explicar su correspondencia con la medida judicial.

[19] Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y arts. 544 ter.5 y 6 LECr.
[20] Arts. 544 ter.1 LECr, 173.2 CP y 62 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La audiencia urgente es la principal garantía procedimental de la orden de protección. Deben ser convocados la víctima o su representante legal, el solicitante si fuera distinto, el presunto agresor asistido de abogado y el Ministerio Fiscal. Las declaraciones se practican separadamente para evitar confrontaciones, y la audiencia debe celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde la solicitud[21].

La secuencia normativa del artículo 544 ter.4 conduce a considerar preceptiva la audiencia antes de resolver la solicitud, incluso cuando la decisión sea denegatoria. En este sentido se ha pronunciado expresamente el AAP de Zaragoza 2267/2025, que rechaza la denegación liminar sin previa comparecencia[22].

Si durante la guardia no fuera posible completar la audiencia, su celebración podrá diferirse dentro del límite legal. Entretanto, la protección urgente puede instrumentarse mediante el artículo 544 bis cuando concurran sus presupuestos. Esta solución evita dos extremos igualmente insatisfactorios: denegar anticipadamente la orden por falta de tiempo o dejar a la víctima sin protección hasta la comparecencia.

### 3. Contenido penal, civil y asistencial

Las medidas penales incorporadas a la orden conservan el régimen propio de la legislación procesal. La inclusión de una prohibición de aproximación no dispensa, por tanto, de comprobar los requisitos del artículo 544 bis ni altera su duración o régimen de incumplimiento.

Las medidas civiles pueden referirse al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, visitas, comunicación, alimentos, uso de la vivienda y demás disposiciones necesarias para apartar a menores o personas con discapacidad de un peligro. Cuando convivan con la víctima y dependan de ella menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el órgano judicial debe pronunciarse incluso de oficio[23].

La regulación establece además una regla específica para los hijos que hayan presenciado, sufrido o convivido con la violencia: dictada una orden con medidas penales, deberá suspenderse el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del investigado. Su mantenimiento exige petición de parte, resolución motivada en el interés superior del menor y evaluación previa de la relación paternofilial. Esta materia será objeto de análisis específico al estudiar la tutela cautelar de los menores.

Las medidas civiles tienen una vigencia inicial de treinta días. Si dentro de ese plazo se promueve el correspondiente proceso de familia, permanecen vigentes durante los treinta días posteriores a la presentación de la demanda, dentro de los cuales deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por

[21] Art. 544 ter.3 y 4 LECr

[22] AAP de Zaragoza de 18 de noviembre de 2025, ROJ: AAP Z 2267/2025, ECLI:ES:APZ:2025:2267A, rec. 1125/2025.

[23] Art. 544 ter.7 LECr, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el órgano civil competente. La temporalidad evita que una decisión adoptada en un contexto urgente sustituya indefinidamente al proceso de familia.

La integración exige también coherencia material. No resulta compatible acordar una prohibición penal de comunicación y establecer simultáneamente entregas o recogidas de menores que obliguen al contacto directo entre las partes. Las medidas penales y civiles no pueden configurarse como compartimentos estancos, pues su falta de coordinación puede neutralizar la protección acordada y prolongar el contacto o el control que precisamente se pretende evitar.

### 4. Insuficiencias técnicas de la regulación vigente

El artículo 544 ter conserva referencias a "delitos o faltas", "juicios de faltas", "Secretario judicial" y personas con la "capacidad judicialmente modificada". Son expresiones superadas, respectivamente, por la reforma penal de 2015, la sustitución de la antigua denominación de Secretario judicial por la de Letrado de la Administración de Justicia y la legislación sobre discapacidad. Su permanencia no impide aplicar el precepto, pero dificulta la claridad de una regulación que ha recibido sucesivas modificaciones parciales sin una refundición coherente[24].

El apartado séptimo presenta, además, una falta de uniformidad interna: comienza utilizando la expresión "capacidad judicialmente modificada" y emplea posteriormente la categoría de "personas con discapacidad necesitadas de especial protección". Esta discordancia aconseja una actualización legislativa que adapte íntegramente el precepto al modelo de apoyos y a la terminología vigente.

También debe adaptarse su interpretación al modelo de Tribunales de Instancia implantado por la Ley Orgánica 1/2025. Las referencias legales al juez de instrucción, juez de guardia o juez de violencia sobre la mujer deben entenderse funcionalmente referidas al juez o magistrado que sirva en la Sección de Instrucción o Sección Única, en la Sección de Violencia sobre la Mujer y, cuando resulte procedente, en la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia competente[25].

## V. DELIMITACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 544 BIS Y EL ARTÍCULO 544 TER LECr

### 1. Diferencia funcional y criterios de selección

Los artículos 544 bis y 544 ter LECr no mantienen una relación de subsidiariedad ni expresan distintos grados de una misma respuesta cautelar. El artículo 544 bis habilita la adopción autónoma de determinadas

[24] Art. 544 ter.1, 4, 7 y 8 LECr; Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y Ley 8/2021, de 2 de junio

[25] Arts. 84, 88, 89 y 89 bis LOPJ, conforme a la redacción resultante de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

prohibiciones personales o espaciales cuando se investigue alguno de los delitos comprendidos en el artículo 57 CP y la restricción resulte estrictamente necesaria para proteger a la víctima o evitar la reiteración delictiva. El artículo 544 ter, por el contrario, regula un procedimiento específico mediante el que se reconoce a la víctima un estatuto integral de protección y se posibilita la adopción coordinada de medidas penales, civiles y asistenciales.

La diferencia no reside únicamente en el contenido de las medidas. El artículo 544 bis presenta un ámbito objetivo más amplio, no exige una relación determinada entre la persona investigada y la protegida y permite intervenir frente a cualquiera de los delitos incluidos en el artículo 57 CP. La orden de protección exige, además de indicios fundados y una situación objetiva de riesgo, que el delito pertenezca al catálogo más limitado del artículo 544 ter.1 y que la víctima se encuentre comprendida en el círculo relacional del artículo 173.2 CP.

La selección tampoco puede efectuarse atendiendo exclusivamente a si se necesitan medidas civiles. Cuando la respuesta requerida se limita a una prohibición de aproximación, comunicación o acceso, el artículo 544 bis puede proporcionar cobertura suficiente. Sin embargo, ello no excluye necesariamente la orden de protección si concurren sus presupuestos y resulta justificada la activación del estatuto integral, aunque finalmente no se adopten medidas civiles. Inversamente, la pertenencia de la víctima al ámbito del artículo 173.2 CP no obliga a tramitar una orden de protección cuando la tutela necesaria puede alcanzarse adecuadamente mediante una medida penal autónoma.

La elección exige, por tanto, valorar conjuntamente el delito investigado, la relación entre las partes, la naturaleza del riesgo y la respuesta concreta que debe articularse. La orden de protección no es una medida de mayor intensidad que el artículo 544 bis, ni este último puede considerarse una modalidad abreviada de aquella. Son instrumentos funcionalmente distintos, cuya aplicación depende de la correspondencia entre sus presupuestos y las necesidades del caso.

### 2. Adopción sucesiva y efectos de la denegación de la orden de protección

La autonomía de ambos instrumentos permite su utilización sucesiva. Cuando la protección no pueda demorarse hasta la celebración de la audiencia del artículo 544 ter, el órgano judicial puede adoptar una medida del artículo 544 bis si concurren sus requisitos. Celebrada la comparecencia, la prohibición podrá mantenerse, modificarse, dejarse sin efecto o integrarse en la orden de protección. También cabe acordarla posteriormente si aparece un riesgo nuevo o se agrava el inicialmente apreciado[26].

[26] Artículo 544 ter.4, último párrafo, LECr, conforme al cual, sin perjuicio de lo resuelto sobre la orden de protección, el juez de instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta sucesión no debe convertirse en una duplicación formal de la misma prohibición. La resolución deberá identificar el título habilitante que sirve de fundamento operativo a la medida y determinar su contenido, vigencia, modificación y régimen de incumplimiento. La cita acumulativa de los artículos 544 bis y 544 ter, sin explicar la función que desempeña cada uno, introduce incertidumbre sobre el estatuto procesal de la restricción.

La denegación de una orden de protección tampoco produce siempre las mismas consecuencias. Si obedece a que la víctima no pertenece al círculo del artículo 173.2 CP o a que el delito queda fuera del catálogo del artículo 544 ter, podrá acudirse al artículo 544 bis cuando el hecho esté comprendido en el artículo 57 CP y la medida resulte estrictamente necesaria. Si la denegación se funda en la insuficiencia de los indicios delictivos, faltará ordinariamente también la apariencia delictiva necesaria para imponer una restricción autónoma.

Mayor cautela exige el supuesto en que se haya descartado una situación objetiva de riesgo. No resultará coherente acordar inmediatamente una prohibición del artículo 544 bis fundada en el mismo peligro, salvo que la resolución identifique elementos distintos o una finalidad cautelar autónoma. Tras la reforma de 2026, esa diferencia puede radicar en la existencia de un riesgo de reiteración delictiva que no coincida con el riesgo personal examinado al resolver la orden. La nueva finalidad no permite, sin embargo, utilizar el artículo 544 bis como cláusula de cierre para eludir los presupuestos del artículo 544 ter.

### 3. La elección cautelar después de la Ley Orgánica 1/2026

La Ley Orgánica 1/2026 ha modificado los artículos 13 y 544 bis LECr, pero no los presupuestos específicos del artículo 544 ter. Aunque el artículo 13 mencione conjuntamente ambos instrumentos dentro de las primeras diligencias dirigidas a proteger a las personas afectadas o evitar la reiteración delictiva, esta formulación no permite prescindir de la situación objetiva de riesgo, del catálogo delictivo y del círculo relacional exigidos por el artículo 544 ter.1.

La principal consecuencia de la reforma se proyecta sobre el artículo 544 bis. La medida ya no tiene que vincularse exclusivamente a la protección frente a un nuevo ataque contra una víctima individualizada, sino que puede perseguir la evitación de una repetición delictiva. Esta ampliación funcional no transforma el precepto en una potestad general de prevención especial. Subsisten la exigencia de estricta necesidad, el catálogo cerrado de prohibiciones y la obligación de justificar la conexión entre la restricción elegida, el lugar o la persona sobre los que recae y el riesgo concreto que se pretende neutralizar.

La decisión puede ordenarse mediante las siguientes operaciones: delimitar el delito investigado y comprobar su inclusión en el correspondiente catálogo legal; identificar a la persona protegida y, cuando proceda, su relación con el investigado; precisar si el peligro se refiere a la víctima, a una eventual reiteración o a ambas finalidades; determinar el contenido de la respuesta necesaria; comprobar si concurren los presupuestos

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

específicos de la orden de protección; y seleccionar el título jurídico que proporcione el procedimiento, la duración y las garantías adecuados.

La correcta elección no depende del número de preceptos invocados ni de la mayor extensión formal del auto. Depende de que la medida responda a un riesgo individualizado, encuentre cobertura en el instrumento aplicado y permanezca sometida a un régimen identificable de cumplimiento, revisión y alzamiento.

## VI. LA PROTECCIÓN CAUTELAR ESPECÍFICA DE LOS MENORES EN EL PROCESO PENAL

### 1. Ámbito y fundamento del artículo 544 quinquies LECr

El artículo 544 quinquies LECr establece un régimen cautelar específico para proteger a la víctima menor de edad cuando se investiga alguno de los delitos comprendidos en el artículo 57 CP. Su finalidad no consiste en anticipar una consecuencia sancionadora sobre el investigado, sino en impedir que el mantenimiento de determinadas funciones parentales, tutelares o relaciones familiares prolongue o agrave el riesgo derivado de los hechos investigados.

Las medidas presentan contenido civil, aunque se adopten dentro de un proceso penal. Esta doble dimensión explica su singularidad: el presupuesto que legitima la intervención procede de la causa criminal, mientras que sus efectos recaen sobre instituciones propias del Derecho de familia y de protección de menores. El órgano penal no decide definitivamente la organización familiar, pero tampoco puede limitarse a acordar medidas personales frente al investigado cuando la fuente del peligro se encuentra en el ejercicio de la patria potestad, la guarda, la tutela o las visitas.

El ámbito objetivo del precepto se determina mediante la remisión al artículo 57 CP y resulta, por ello, más amplio que el de la orden de protección. No exige que el delito se haya cometido en el contexto relacional del artículo 173.2 CP ni que concurra violencia doméstica o de género. Puede operar, entre otros supuestos, en investigaciones por delitos contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual, intimidad, patrimonio o relaciones familiares, siempre que la persona menor sea la víctima necesitada de protección[27].

La condición de víctima no debe restringirse a los casos en que el menor haya recibido materialmente la agresión. Puede concurrir cuando el hecho delictivo se proyecta sobre él, cuando es utilizado para causar daño a otra víctima o cuando los actos investigados le atribuyen una posición victimal propia. En el ámbito de la

[27] Arts. 57 CP y 544 quinquies.1 LECr. El artículo 544 quinquies mantiene como presupuesto objetivo la investigación de alguno de los delitos incluidos en el artículo 57 CP.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

violencia de género, la legislación reconoce expresamente como víctimas a los hijos menores y contempla la violencia ejercida sobre familiares o allegados menores con el propósito de perjudicar a la mujer[28].

Esta ampliación de la perspectiva victimal no permite, sin embargo, aplicar automáticamente el artículo 544 quinquies a todo hijo del investigado. La mera relación de parentesco, la convivencia o la presencia en un entorno familiar conflictivo no bastan. La resolución debe identificar la conexión existente entre el delito investigado, la situación del menor y la función o relación cuya suspensión, modificación o supervisión se considera necesaria.

El precepto utiliza una formulación imperativa: constatada la necesidad de protección, el juez o tribunal "adoptará motivadamente" alguna de las medidas previstas. La discrecionalidad judicial se proyecta sobre la elección, intensidad y condiciones de la intervención, pero no permite omitir toda respuesta cuando el riesgo ha quedado suficientemente individualizado.

## 2. Contenido de las medidas y exigencia de individualización

El artículo 544 quinquies permite suspender la patria potestad de alguno de los progenitores; suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento; establecer un régimen de supervisión de las funciones parentales, tutelares o de apoyo; y suspender o modificar las visitas o comunicaciones con el no conviviente o con otro familiar[29].

La suspensión de la patria potestad debe diferenciarse de su privación. La primera es cautelar, provisional y revisable; la segunda exige una sentencia fundada en las causas legalmente previstas. El auto penal no puede anticipar la privación regulada en el artículo 170 CC ni emplear la suspensión como una reacción aflictiva frente al comportamiento atribuido al investigado.

También es preciso distinguir la suspensión prevista en la letra a) de la supervisión contemplada en la letra c). Cuando el riesgo haga incompatible cualquier intervención del progenitor en las decisiones relativas al menor, podrá acordarse la suspensión. Si la protección puede alcanzarse mediante una restricción menos intensa, deberá valorarse la supervisión de determinadas funciones o la adopción de una medida singular al amparo del artículo 158 CC. No resulta correcto presentar como suspensión parcial lo que normativamente responde a una técnica distinta.

[28] Art. 1.2 y 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. La legislación incluye entre las víctimas a los hijos menores y comprende la violencia ejercida sobre familiares o allegados menores para causar daño a la mujer
[29] Art. 544 quinquies.1, letras a) a d), LECr.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La resolución debe determinar las consecuencias prácticas de la medida. Suspender la patria potestad sin precisar quién podrá decidir sobre escolarización, asistencia sanitaria, documentación o cambio de residencia puede generar una nueva situación de inseguridad. Del mismo modo, si se mantiene el ejercicio conjunto y existe una prohibición penal de comunicación entre los progenitores, deberá establecerse un sistema que permita adoptar las decisiones comunes sin imponer contacto directo entre ellos.

La patria potestad tampoco se identifica con la guarda y custodia. La suspensión de la primera no determina necesariamente con quién convivirá el menor ni quién asumirá su cuidado cotidiano. A su vez, la referencia de la letra b) a la suspensión de la «guarda» no equivale a una habilitación general para regular todos los efectos propios de una crisis familiar. El artículo 544 quinquies no contempla expresamente el uso de la vivienda, los alimentos o una regulación integral de la custodia, lo que puede hacer necesaria su coordinación con el artículo 544 ter.7 o con el artículo 158 CC.

La supervisión constituye una alternativa útil cuando la exclusión total resulte desproporcionada. Su eficacia exige, no obstante, concretar las funciones sometidas a control, la persona o institución encargada de ejercerlo, la forma de comunicar las incidencias y el momento de revisión. Una remisión indeterminada a los servicios sociales o a un punto de encuentro traslada a terceros la delimitación de derechos que corresponde efectuar al órgano judicial.

La suspensión o modificación de visitas debe responder a la relación entre el contacto y el riesgo apreciado. La relación paternofilial no es un derecho incondicionado del progenitor, sino una institución subordinada al interés del hijo. Pero tampoco la mera incoación de la causa penal autoriza por sí sola a suprimir toda comunicación. La decisión deberá ponderar la naturaleza de los hechos, la posición del menor, el vínculo previo, su opinión y la posibilidad efectiva de una relación supervisada.

Esta última alternativa no debe utilizarse como solución rutinaria o intermedia. Las visitas supervisadas solo resultan adecuadas cuando el contacto continúa siendo beneficioso y el recurso disponible ofrece garantías reales de seguridad. Acordarlas sin comprobar la existencia, disponibilidad y condiciones del servicio puede convertir la protección formal en una medida inejecutable.

### 3. Motivación, contradicción y derecho del menor a ser oído

El artículo 544 quinquies no regula una comparecencia específica semejante a la prevista para la orden de protección. Esa ausencia no permite adoptar medidas de intensa repercusión familiar sin contradicción ni motivación suficiente. El auto debe expresar los indicios delictivos existentes, el riesgo concreto para el menor,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

su vinculación con la persona afectada y la razón por la que la medida elegida resulta necesaria y proporcionada.

La urgencia puede justificar una decisión inicial antes de completar las audiencias cuando la demora exponga al menor a un peligro. En tal supuesto, la restricción debe ser estrictamente provisional y revisarse sin dilación una vez oídos el Ministerio Fiscal y las personas afectadas. La información limitada propia del servicio de guardia no rebaja la exigencia de motivación; obliga a reconocer el carácter provisional del juicio y a prever su revisión.

El derecho del menor a ser oído forma parte de su estatuto jurídico indisponible. La edad inferior a doce años no permite excluirlo automáticamente, sino que obliga a valorar su madurez y a adaptar el modo de participación. La decisión de no practicar la audiencia, realizarla por medio de especialistas o utilizar una exploración anterior debe ser motivada atendiendo a las circunstancias concretas[30].

Debe distinguirse la declaración del menor como víctima o testigo de su audiencia sobre la medida protectora. La primera tiene por objeto esclarecer los hechos investigados; la segunda permite conocer su percepción sobre las relaciones familiares, la convivencia o el régimen de comunicación que va a afectarle. Haber recibido declaración sobre el delito no significa necesariamente que haya sido oído sobre la medida, aunque tampoco deba obligársele a repetir innecesariamente el relato traumático.

La opinión del menor no vincula de forma automática al órgano judicial. Debe valorarse conforme a su edad, madurez, estabilidad y posible exposición a influencias o conflictos de lealtad. Cuando la decisión se aparte de una voluntad madura y consistentemente expresada, la motivación habrá de explicar por qué otra solución satisface mejor su interés.

La audiencia debe preservar la intimidad sin sustraer a las partes los elementos determinantes de la decisión. La doctrina constitucional permite reservar las manifestaciones íntimas innecesarias, pero exige documentar y trasladar aquellos aspectos significativos que hayan influido en la resolución, evitando que el juicio se funde en información perteneciente exclusivamente a la esfera de conocimiento del decisor[31].

### 4. Comunicación institucional y régimen temporal

Cuando durante el proceso aparezca una situación de riesgo o posible desamparo, y necesariamente si se suspende la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, deberá comunicarse inmediatamente la

[30] Art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y SSTS, Sala Primera, de 27 de mayo de 2024, ROJ: STS 2896/2024, ECLI:ES:TS:2024:2896, y de 19 de febrero de 2025, ROJ: STS 689/2025, ECLI:ES:TS:2025:689.
[31] STC 106/2024, de 9 de septiembre, ECLI:ES:TC:2024:106, FF. JJ. 3 y 4.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

situación al Ministerio Fiscal y a la entidad pública competente. La comunicación no constituye un trámite meramente informativo: pretende asegurar que la restricción judicial vaya acompañada de una alternativa efectiva de cuidado y, cuando proceda, de una intervención administrativa de protección[32].

La singularidad principal del artículo 544 quinquies reside en su duración. Sus medidas no quedan sometidas al plazo de treinta días previsto para el contenido civil de la orden de protección. Durante la causa pueden ser modificadas o alzadas y, una vez concluido el procedimiento, el órgano judicial debe ratificarlas o dejarlas sin efecto valorando exclusivamente el interés de la persona protegida[33].

La absolución o el sobreseimiento no producen, por tanto, un alzamiento automático. Tampoco son irrelevantes. Si la resolución firme descarta la existencia del hecho que sustentaba el peligro, la continuidad exigirá una base protectora autónoma, actual y suficientemente acreditada. Cuando la terminación responda a insuficiencia probatoria o a la falta de relevancia penal de los hechos, puede subsistir una situación familiar necesitada de tutela, pero deberá identificarse sin prolongar indirectamente los efectos de la imputación extinguida.

La ratificación prevista en el apartado tercero no convierte la medida en una regulación familiar definitiva. Su mantenimiento debe apoyarse en la persistencia del riesgo y quedar sometido a un cauce efectivo de modificación o alzamiento. La ausencia de un plazo legal aconseja vincular la revisión a hitos procesales concretos y evitar que una decisión adoptada con información limitada se consolide por inercia.

## VII. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. Función autónoma y complementaria

El artículo 158 CC constituye una cláusula transversal de protección. Permite actuar de oficio o a instancia del hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dentro de cualquier proceso judicial (también penal) o en un expediente de jurisdicción voluntaria. No exige la existencia de un delito ni que el menor ostente formalmente la condición de víctima[34].

Su función es doble. Opera autónomamente cuando el peligro no depende de una infracción penal o no existe un procedimiento criminal adecuado; y actúa de forma complementaria cuando las medidas específicamente procesales no permiten responder de manera completa al riesgo.

[32] Art. 544 quinquies.2 LECr.

[33] Art. 544 quinquies.3 LECr, que remite al artículo 770 LEC para la modificación o el alzamiento.

[34] Art. 158 CC, en la redacción vigente, aplicable dentro de cualquier proceso judicial o penal o en jurisdicción voluntaria.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El precepto autoriza medidas sobre alimentos, cambios de guarda, sustracción, aproximación, comunicación, patria potestad, custodia y visitas, junto con cualquier otra disposición encaminada a apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Esta cláusula abierta permite adaptar la respuesta, pero no elimina los límites de proporcionalidad, determinación y ejecutabilidad. La finalidad protectora no habilita para imponer obligaciones imprecisas o intervenciones terapéuticas coactivas carentes de cobertura suficiente[35].

El artículo 158 puede completar las lagunas del artículo 544 quinquies, por ejemplo, atribuyendo provisionalmente la guarda, asegurando alimentos o actuando respecto de terceros ajenos a la investigación. Cada medida deberá, no obstante, identificar su propio fundamento y régimen jurídico, sin ampliar artificialmente el catálogo procesal penal.

### 2. Audiencia, vigencia y tránsito al procedimiento principal

El artículo 158 garantiza expresamente la audiencia del menor. En caso de peligro inmediato puede adoptarse una decisión provisional anterior, siempre que la urgencia se motive y la audiencia se practique posteriormente sin demora.

La norma no fija un plazo predeterminado. La vigencia debe vincularse a la persistencia del peligro y a la finalidad provisional de la intervención. Cuando la situación revele un problema estructural de custodia, visitas o ejercicio de funciones parentales, la medida deberá servir de enlace con el proceso principal correspondiente y no sustituirlo indefinidamente.

## VIII. ARTICULACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 544 TER, 544 QUINQUIES LECr Y 158 CC

### 1. Posición del menor y fundamento de la intervención

La delimitación entre los artículos 544 ter y 544 quinquies LECr y el artículo 158 CC debe comenzar por determinar la posición jurídica que ocupa el menor y el origen del peligro. El menor puede ser titular directo de una orden de protección cuando reúna los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 544 ter. También puede resultar afectado por las medidas civiles incorporadas a la orden concedida a una víctima adulta cuando conviva con ella, dependa de ella o haya presenciado, sufrido o convivido con la violencia[36].

[35] Art. 158 CC. La cláusula general de protección se añade a las medidas específicamente enumeradas en el precepto.

[36] Artículos 544 ter.1 y 544 ter.7 LECr. Este último contempla tanto la adopción de medidas civiles respecto de los menores que convivan con la víctima y dependan de ella como la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación cuando existan indicios fundados de que los hijos menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia. Sobre la posición de los menores dentro de la orden de protección, véanse FONT FERNÁNDEZ, Cristina; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; TORRES FERRER, Clàudia, «La orden de protección a menores víctimas de violencia machista: regulación y aplicación de las medidas de salvaguarda que incorpora», Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 31, núm. 1, 2022, pp. 37-61; y VALIÑO CES, Almudena, «La orden de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El artículo 544 quinquies parte de un presupuesto diferente: exige que el menor ostente una posición victimal propia dentro de una investigación por alguno de los delitos del artículo 57 CP. No basta la relación de parentesco con el investigado ni la existencia de un conflicto familiar. Debe individualizarse la conexión entre el delito, el peligro que afecta al menor y la función parental, tutelar o relacional sobre la que se pretende intervenir[37].

El artículo 158 CC no exige, en cambio, la comisión de un delito ni una determinada posición procesal del menor. Su presupuesto es la existencia de un peligro o perjuicio que haga necesaria una respuesta judicial. Puede operar autónomamente o completar la protección penal cuando las medidas previstas en la LECr no permiten atender de forma suficiente una necesidad distinta. Esta función complementaria no autoriza a utilizarlo como fundamento indistinto de cualquier medida ni a alterar el régimen temporal previsto por la legislación procesal penal[38].

## 2. Concurrencia normativa y resoluciones civiles previas

Cuando ya exista una resolución civil sobre guarda, patria potestad o relaciones personales, el órgano penal deberá conocer su contenido antes de adoptar una medida que pueda afectarla. Las medidas civiles del artículo 544 ter no proceden, como regla, si la cuestión ya ha sido resuelta por la jurisdicción civil, sin perjuicio de la intervención urgente que permite el artículo 158 CC ante un peligro sobrevenido[39].

El artículo 544 quinquies no contiene una exclusión equivalente, pero su silencio no permite ignorar la regulación civil vigente. La resolución penal deberá identificar el pronunciamiento anterior, explicar por qué resulta insuficiente ante las nuevas circunstancias y precisar qué aspecto queda temporalmente suspendido o modificado. La intervención cautelar no debe sustituir innecesariamente al proceso de familia ni generar dos regímenes simultáneos incompatibles.

protección: estudio de las medidas para las víctimas de violencia doméstica y de género en el marco del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 56, 2019, pp. 21-44.

37 Artículos 57 CP y 544 quinquies.1 LECr. El segundo precepto exige que se investigue alguno de los delitos incluidos en el artículo 57 CP y que la medida resulte necesaria para proteger a la víctima menor de edad. Sobre el ámbito y contenido de estas medidas, véase DEL CASO JIMÉNEZ, María Teresa, «Casuística de las medidas cautelares civiles del artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de los menores», Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 156, 2022, pp. 1-12.

38 Artículo 158 CC, especialmente su apartado 6.º y su párrafo final. El precepto permite adoptar las medidas necesarias para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios, incluso frente a terceras personas, dentro de cualquier proceso judicial o penal o en un expediente de jurisdicción voluntaria. Sobre su función protectora, véase MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, Dykinson, Madrid, 2016

39 Artículos 544 ter.7 LECr y 158.6.º CC. El primero excluye, como regla, las medidas civiles que hubieran sido previamente acordadas por un órgano de la jurisdicción civil, sin perjuicio de las previstas en el artículo 158 CC. Este último permite suspender cautelarmente el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia o el régimen de visitas y comunicaciones establecido en una resolución judicial o en un convenio judicialmente aprobado.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La concurrencia de preceptos será legítima cuando cada uno fundamente una medida distinta o responda a un peligro autónomo. No lo será cuando se invoquen varios títulos para sostener una única restricción sin determinar cuál constituye su fundamento operativo. Cada pronunciamiento debe quedar vinculado a sus propios presupuestos, duración, cauce de revisión y órgano competente para modificarlo o dejarlo sin efecto.

### 3. Duración y continuidad de la protección

Las diferencias temporales forman parte de la delimitación. Las medidas civiles adoptadas dentro de la orden de protección quedan sometidas al plazo inicial de treinta días del artículo 544 ter.7 y a su eventual prolongación cuando se promueva el correspondiente proceso de familia. Las medidas del artículo 544 quinquies pueden mantenerse durante el procedimiento penal y deben ser ratificadas o alzadas a su conclusión. Las adoptadas al amparo del artículo 158 CC carecen de un plazo cerrado, pero solo pueden subsistir mientras permanezca el peligro que justificó su adopción[40].

La invocación adicional del artículo 158 CC no puede utilizarse para prolongar artificialmente una medida civil de la orden de protección una vez agotado su régimen temporal. Su aplicación conjunta exigirá que ampare un pronunciamiento diferente o responda a un peligro autónomo expresamente identificado. Tampoco la ausencia de un plazo máximo en los artículos 544 quinquies y 158 CC permite mantener las medidas por la mera pendencia del procedimiento.

El auto deberá establecer, siempre que resulte posible, el momento o acontecimiento procesal que determinará la revisión: incorporación de un informe especializado, audiencia del menor, modificación de su situación familiar, variación del riesgo o resolución sobre la situación procesal del investigado. También deberá precisar qué órgano continuará el seguimiento y qué comunicaciones deben practicarse. La continuidad protectora no queda garantizada mediante la sola remisión de las actuaciones, sino mediante una transición ordenada entre la decisión urgente, su ejecución y su posterior revisión.

## IX. CONCLUSIONES: PROBLEMAS PRÁCTICOS EN EL SERVICIO DE GUARDIA Y VALORACIÓN CRÍTICA

El ordenamiento dispone de instrumentos suficientes para una respuesta cautelar inmediata, pero su regulación fragmentaria dificulta seleccionar el título aplicable, coordinar sus efectos y controlar su duración.

[40] Artículos 544 ter.7 y 544 quinquies.3 LECr y artículo 158 CC. Las medidas civiles de la orden de protección tienen una vigencia inicial de treinta días y pueden prolongarse en los términos establecidos en el artículo 544 ter.7. Las medidas del artículo 544 quinquies pueden ser modificadas o alzadas durante el procedimiento y, una vez concluido, deben ser ratificadas o alzadas valorando exclusivamente el interés de la persona protegida; su apartado tercero remite al procedimiento del artículo 770 LEC para solicitar su modificación o alzamiento. El artículo 158 CC no establece un plazo determinado de vigencia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El problema se intensifica durante la guardia, donde debe decidirse con urgencia sobre información provisional. Pueden extraerse las siguientes conclusiones.

**Primera.** La modificación del artículo 544 bis por la Ley Orgánica 1/2026 constituye la principal novedad examinada. Sus prohibiciones pueden acordarse, además de para proteger a una víctima, para evitar la reiteración delictiva. La ampliación no autoriza a convertir la cautela en una reacción de prevención especial fundada solo en antecedentes o en una apreciación genérica de peligrosidad.

La estricta necesidad continúa siendo el presupuesto central. La resolución deberá identificar un riesgo actual de repetición y explicar por qué puede neutralizarse mediante una prohibición legal. La prohibición de acudir o residir en determinados lugares exige una conexión concreta entre el espacio, la modalidad delictiva y el peligro apreciado. El artículo 544 bis no ampara prohibiciones territoriales indiscriminadas. Cuanto menor sea la vinculación con una víctima individualizada, mayor deberá ser la motivación sobre la idoneidad, necesidad y alcance de la medida.

**Segunda.** La reforma de los artículos 13 y 544 bis LECr no ha modificado los presupuestos de la orden de protección. Su mención conjunta entre las primeras diligencias no traslada al artículo 544 ter la finalidad autónoma de evitar la reiteración delictiva. La orden continúa exigiendo un delito de su catálogo, la pertenencia de la víctima al círculo del artículo 173.2 CP y una situación objetiva de riesgo.

La relación entre ambos instrumentos depende de sus funciones, no de una jerarquía abstracta. El artículo 544 bis permite prohibiciones penales autónomas; el artículo 544 ter articula una protección integral. La necesidad exclusiva de una prohibición puede hacer suficiente el primero, sin excluir la orden cuando concurran sus requisitos. La denegación de esta solo permitirá acudir al artículo 544 bis si su causa es compatible con sus presupuestos. La finalidad de reiteración no puede reproducir, bajo otra denominación, un riesgo personal descartado.

**Tercera.** La tutela de los menores se articula mediante títulos que pueden producir efectos semejantes, pero no son intercambiables. En el artículo 544 ter, el menor puede ser titular de la orden o quedar protegido por las medidas civiles adoptadas respecto de la víctima adulta. El artículo 544 quinquies exige una posición victimal propia dentro de una investigación por un delito del artículo 57 CP. El artículo 158 CC permite intervenir ante un peligro o perjuicio, aunque no exista delito ni posición procesal de víctima.

La resolución debe determinar qué situación concurre. El conflicto familiar, el parentesco o la condición de hijo de la víctima adulta no permiten aplicar automáticamente el artículo 544 quinquies. Tampoco deben acumularse preceptos para reforzar una misma decisión. Cada medida ha de contar con fundamento

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

identificable y someterse a su régimen de duración, modificación y alzamiento. El artículo 158 CC no puede emplearse para eludir el plazo de las medidas civiles incorporadas a la orden de protección.

**Cuarta.** La decisión durante la guardia debe concebirse como la primera fase de una protección sometida a comprobación posterior. La urgencia permite actuar con información incompleta, pero no convertir en definitiva la decisión adoptada sobre esa base. Cuando no sea posible practicar todas las audiencias o disponer de informes especializados, el auto deberá limitar la intervención a lo necesario para neutralizar el peligro inmediato y establecer cuándo y con qué elementos será revisada.

Esta exigencia se intensifica cuando las medidas afectan a menores. Su declaración como víctima o testigo no sustituye necesariamente a la audiencia sobre la medida familiar. La imposibilidad de oírlo durante la guardia puede justificar una decisión provisional, pero no la omisión definitiva de su participación. Debe articularse una decisión inicial susceptible de revisión próxima una vez completada la información relevante.

**Quinta**. El tiempo constituye un elemento material de la proporcionalidad. Las medidas civiles del artículo 544 ter tienen un régimen temporal preciso, mientras que los artículos 544 quinquies y 158 CC no establecen un plazo máximo. Esta diferencia evita que determinadas situaciones de peligro queden sin protección por el transcurso de un término breve, pero favorece que medidas intensas subsistan por inercia durante una instrucción prolongada.

La ausencia de un plazo legal debe compensarse mediante la fijación judicial de hitos de revisión. No basta con que la medida sea recurrible o modificable a instancia de parte. El auto puede vincular su reconsideración a la audiencia del menor, la recepción de informes, la modificación de la situación procesal del investigado o la remisión al órgano civil competente. Una medida inicialmente proporcionada puede dejar de serlo si cambia o desaparece el peligro que la justificó.

**Sexta.** La efectividad de la tutela depende tanto de la corrección jurídica de la medida como de su posibilidad real de ejecución. El órgano de guardia debe precisar quién asumirá las funciones afectadas, qué entidad intervendrá, qué comunicaciones deben practicarse y qué órgano continuará el seguimiento. La remisión formal de las actuaciones no garantiza por sí sola la continuidad de la protección.

La creación de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia puede reforzar la especialización, pero no elimina la necesidad de coordinación ni desplaza las competencias urgentes del órgano en funciones de guardia.[41] La principal deficiencia del sistema no reside en la escasez de medidas, sino en la ausencia de

[41] Artículo 42.1 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, y artículo 89 bis LOPJ. Este último atribuye a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia la adopción

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

una arquitectura procesal común que ordene su selección, ejecución, revisión y alzamiento. Proteger durante la guardia no significa adoptar una regulación definitiva con información insuficiente, sino ofrecer una respuesta inmediata, jurídicamente fundada, practicable y temporalmente controlada.

En definitiva, la calidad de la tutela cautelar depende de la correspondencia entre el indicio delictivo, el peligro, el título habilitante y la restricción impuesta. La reforma de 2026 amplía las posibilidades de intervención del artículo 544 bis, pero también incrementa el riesgo de desplazar la cautela hacia una prevención general de conductas futuras. Evitar esa desviación y asegurar una protección practicable, revisable y jurídicamente delimitada constituye el principal desafío del sistema.

## X. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

**Normativa**

Normativa internacional

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990.

Normativa estatal

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

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

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

de medidas cautelares de protección de las víctimas menores, sin perjuicio de las competencias correspondientes al órgano judicial en funciones de guardia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril, en materia de multirreincidencia, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

**Resoluciones judiciales**

STC 128/1995, de 26 de julio.

STC 207/1996, de 16 de diciembre.

STC 106/2024, de 9 de septiembre, ECLI:ES:TC:2024:106

STS, Sala Primera, de 27 de mayo de 2024 (rec. 4498/2023), ROJ: STS 2896/2024, ECLI:ES:TS:2024:2896.

STS, Sala Primera, de 19 de febrero de 2025 (rec. 5328/2024), ROJ: STS 689/2025, ECLI:ES:TS:2025:689.

STS, Sala Segunda, de 30 de mayo de 2024 (rec. 1647/2022), ROJ: STS 3075/2024, ECLI:ES:TS:2024:3075.

STS, Sala Segunda, de 20 de noviembre de 2025 (rec. 186/2023), ROJ: STS 5334/2025, ECLI:ES:TS:2025:5334.

AAP Zaragoza, de 18 de noviembre de 2025 (rec. 1125/2025), ROJ: AAP Z 2267/2025, ECLI:ES:APZ:2025:2267A.

**Documentos institucionales**

Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 12, de 20 de julio de 2009, "El derecho del niño a ser escuchado", CRC/C/GC/12.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", CRC/C/GC/14.

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

Fiscalía General del Estado, Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

**Bibliografía doctrinal**

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

BOADO OLABARRIETA, María, "La privación de la patria potestad como medida penal y civil", Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 47, 2019, pp. 59-99.

COLÁS TURÉGANO, María Asunción, "La tutela del menor víctima de la violencia de género: marco normativo procesal y penal", Revista Boliviana de Derecho, núm. 32, 2021, pp. 650-689.

DEL CASO JIMÉNEZ, María Teresa, "Casuística de las medidas cautelares civiles del artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de los menores", Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 156, 2022, pp. 1-12.

FONT FERNÁNDEZ, Cristina; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; TORRES FERRER, Clàudia, «La orden de protección a menores víctimas de violencia machista: regulación y aplicación de las medidas de salvaguarda que incorpora», Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 31, núm. 1, 2022, pp. 37-61.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, Dykinson, Madrid, 2016.

VALIÑO CES, Almudena, "La orden de protección: estudio de las medidas para las víctimas de violencia doméstica y de género en el marco del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 56, 2019, pp. 21-44.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# JUSTICIA UNIVERSAL. ENTRE LA TRADICIÓN, LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA Y AMBIENTAL

*Laura Chamoso Cascón*

Letrada de la Administración de Justicia

**SUMARIO:** *I. Introducción. Justicia Universal y la transformación global. II. La Justicia Universal en el Derecho Internacional: Fundamentos clásicos y evolución. III. Nuevas fronteras de la Justicia Universal: Tecnologías emergentes y ecocidio. IV. Los actores no estatales y la Justicia Universal: Empresas, ONGs y otras entidades. V. La Justicia Universal ante los crímenes transnacionales: Desafíos y oportunidades. VI. Conclusión: El futuro de la Justicia Universal en un mundo globalizado y tecnológico. VII. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA UNIVERSAL Y LA TRANSFORMACIÓN GLOBAL

La Justicia Universal ha sido un principio fundamental en el Derecho Internacional, desarrollado con la intención de perseguir los crímenes más graves que afectan a toda la humanidad, sin importar la nacionalidad del autor ni el lugar donde se hayan cometido.

Desde la creación de la CPI en 1998 mediante el Estatuto de Roma, la Justicia Universal ha logrado avances significativos, pero se enfrenta en los últimos tiempos a desafíos sin precedentes debido a la globalización y al rápido desarrollo de tecnologías emergentes.

El avance de la inteligencia artificial (IA), el *big data* y la *blockchain* ofrecen nuevas herramientas que pueden fortalecer la persecución de crímenes internacionales al permitir una recolección más efectiva de pruebas y la mejora de la transparencia y la autenticidad de la evidencia. Sin embargo, estos avances también introducen complicaciones y cuestiones éticas que deben ser consideradas cuidadosamente, ya que pueden vulnerar directamente los derechos humanos.

## II. LA JUSTICIA UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS CLÁSICOS Y EVOLUCIÓN

### 1. Contexto

La Justicia Universal es el principio que sostiene que ciertos crímenes son tan atroces que deben ser perseguidos por tribunales internacionales, independientemente de la nacionalidad de los perpetradores o el lugar donde se haya cometido el crimen.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 2. Estatuto de Roma de 1998

Es el tratado fundacional de la Corte Penal Internacional (CPI), que entró en vigor en 2002. Este estatuto establece la competencia de la Corte para juzgar a los individuos acusados de cometer los crímenes más graves: genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y, en circunstancias excepcionales, el crimen de agresión.

### *a) Establecimiento de la CPI*

La creación de la CPI fue el resultado de un largo proceso diplomático y jurídico iniciado tras los juicios de Nuremberg y Tokio al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el sistema de tribunales ad hoc creado en los años posteriores, como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR[1], demostraron la necesidad de crear un tribunal Internacional con jurisdicción permanente. La CPI fue diseñada para llenar este vacío y proporcionar un foro judicial de carácter global, capaz de juzgar crímenes que afecten a toda la humanidad (Cassese, 2003).

### *b) Competencia de la CPI*

El Estatuto de Roma define claramente la competencia de la CPI, que está limitada a crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (1 de julio de 2002) o de otra fecha posterior en la que el Estado donde se hayan cometido los delitos haya ratificado el Estatuto de la Corte. La Corte tiene jurisdicción sobre los crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de los Estados parte del ECPI, o de un Estado que, pese a no ser parte, haya declarado aceptar la competencia de la Corte con respecto a un caso específico, o en situaciones derivadas de remisiones por el Consejo de Seguridad de la ONU (Artículos 12 y 13 del Estatuto de Roma).

## 3. Jurisprudencia clásica: Casos clave

### a) *La Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)*

El TPIY, establecido en 1993 para juzgar los crímenes cometidos durante los conflictos en los Balcanes, fue pionero en la aplicación de la Justicia Universal antes de la creación de la CPI. Los casos de figuras como Radovan Karadžić y Ratko Mladić[2], líderes serbios responsables de crímenes de genocidio, crímenes de guerra

[1] Fue un órgano creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir, arrestar, juzgar, condenar y ejecutar a los autores o promotores del genocidio ruandés. Su labor fue sucedida desde el 1 de julio de 2012 por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales.

[2] Radovan Karadzic and Ratko Mladic accused of genocide following the take-over of Srebrenica. | International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia www.icty.org (consultada el 13/03/2025).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

y crímenes contra la humanidad en Bosnia y Herzegovina, son ejemplos claros de cómo los tribunales internacionales han avanzado en la persecución de responsables de violaciones graves del Derecho Internacional. En 2016, Karadžić fue condenado a 40 años de prisión por su responsabilidad en el genocidio de Srebrenica y otros crímenes. Este caso y otros similares refuerzan la idea de que los crímenes internacionales, incluso cuando son perpetrados por líderes de Estado, deben ser perseguidos por la Justicia Universal (TPIY, 2016) (Cassese, 2003).

### *b) El Tribunal Penal Internacional para Ruanda*[3]

Tribunal internacional encargado de juzgar a las personas físicas o jurídicas presuntamente responsables de actos de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de Ruanda y en los de los Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. Fue creado por el Consejo de Seguridad en 1994 basándose en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Su sede está en Arusha (Tanzania) y la Sala de Apelación en La Haya (Países Bajos). En 2010, el Consejo de Seguridad decidió el cierre del Tribunal a partir del 31 de diciembre de 2014 y su sustitución por un Mecanismo Residual Internacional que ha asumido su jurisdicción y funciones desde el 1 de julio de 2012, si bien continuará en activo hasta resolver los asuntos pendientes hasta esa fecha.

## 4. La Justicia Universal ante los crímenes internacionales clásicos

### *a) Crímenes de Lesa Humanidad*

Los crímenes de lesa humanidad son aquellos actos de violencia sistemática y generalizada cometidos contra civiles; como el asesinato, la esclavitud, la tortura, la desaparición forzada y la persecución. A diferencia de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad no requieren una conexión directa con un conflicto armado. El artículo 7 del Estatuto de Roma define los crímenes de lesa humanidad, y su persecución está garantizada por la Corte Penal Internacional (CPI), que tiene competencia para juzgarlos, incluso si no están vinculados a un conflicto armado (Bassiouni, 2012).

### *b) Genocidio*

El genocidio, implica la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso a través de actos como el asesinato, la persecución, la deportación forzada y la imposición de condiciones de vida que impiden la supervivencia del grupo. El Estatuto de Roma en su artículo 6 establece la definición precisa de genocidio, y las jurisprudencias de tribunales internacionales, como la CPI y el Tribunal

[3] www.dpej.rae.es/ (consultada el 13/03/2025).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Penal Internacional para Ruanda (TPIR), han sido esenciales para el desarrollo de su interpretación y aplicación.

### *c) Crímenes de Guerra*

Los crímenes de guerra son violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, que regula la conducta en los conflictos armados. Incluyen el asesinato, la tortura, el trato cruel de prisioneros de guerra, la toma de rehenes y el uso de armas prohibidas. Estos crímenes se procesan bajo la jurisdicción de tribunales internacionales y nacionales. La Corte Penal Internacional (CPI) tiene competencia para juzgar crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados internacionales y no internacionales (Artículo 8 del Estatuto de Roma).

### *d) Crimen de Agresión*

En diciembre de 2017, en el marco del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la 16ta. Asamblea de Estados Parte adoptó, por consenso, la Resolución ICC-ASP/16/Res. 5, denominada *Activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión.* En virtud de la referida Resolución, se estableció que la definición del crimen de agresión adoptada en el año 2010 por la Conferencia de Estados Parte en el Estatuto de Roma, realizada en Kampala (Uganda) ha devenido en aplicable.

## III. NUEVAS FRONTERAS DE LA JUSTICIA UNIVERSAL: TECNOLOGÍAS EMERGENTES Y ECOCIDIO

### 1. Ecocidio como crimen internacional

El ecocidio hace referencia a la destrucción masiva y sistemática de los ecosistemas, un daño ambiental que afecta gravemente a las generaciones presentes y futuras. A pesar de no estar aun formalmente incluido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), existe un creciente movimiento internacional que busca reconocer el ecocidio como un crimen de lesa humanidad, con el fin de responsabilizar a individuos o corporaciones que causen destrucción ambiental a gran escala.

### *a) Definición y contexto*

El ecocidio[4] implica una degradación ambiental deliberada y extensiva, que puede incluir la destrucción de bosques, ríos, océanos o suelos, a menudo como resultado de actividades industriales, políticas de explotación

[4] El ecocidio es un neologismo que en principio, hace referencia a cualquier daño masivo o destrucción ambiental de un territorio determinado, parte de uno o más países, o bien, con consecuencias a escala global. Aún se sigue trabajando en una definición más precisa de ecocidio con el objetivo de tipificarlo como un crimen en contra de la humanidad. El ecocidio puede ser irreversible cuando un ecosistema sufre un daño más allá de su capacidad de regenerarse. Este término se suele asociar con el daño causado por un agente vivo que directa o indirectamente puede infligir un ecocidio, matando suficientes especies en un ecosistema para interrumpir su estructura y función.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de recursos naturales o incluso conflictos armados. La definición exacta de ecocidio ha sido objeto de debate, pero se basa generalmente en el principio de que las acciones que destruyen el medio ambiente de forma irreversible pueden generar daños a la humanidad en su conjunto. En 2021, un Comité de Expertos Internacionales, bajo el liderazgo de la abogada y activista Polly Higgins, definió el ecocidio como: *la destrucción masiva de los ecosistemas que son cruciales para la supervivencia humana y que puedan llevar a efectos devastadores tanto para el medio ambiente como para las personas* (Higgins, 2021). Aunque no se ha formalizado aún como crimen bajo el derecho penal internacional, el ecocidio ha sido apoyado por diversas organizaciones y Estados que buscan avanzar en su reconocimiento y penalización a nivel global.

### *b) Propuestas internacionales*

En 2021, Francia y los Países Bajos fueron los primeros países en abogar por la inclusión del ecocidio en el Estatuto de Roma, en la CPI, lo que abriría la puerta para su persecución como crimen internacional. La campaña #StopEcocide[5], liderada por organizaciones como Ecojusticia y activistas ambientales, tiene como objetivo llevar este tema ante la Asamblea de los Estados Parte del Estatuto de Roma y lograr que el ecocidio sea reconocido oficialmente como crimen internacional. Francia, a través de su Ley de Vigilancia Climática y Responsabilidad Corporativa, ha comenzado a integrar la responsabilidad por el ecocidio en su legislación nacional. Esta ley establece que las empresas francesas deben adoptar medidas para evitar la degradación ambiental en sus actividades tanto dentro como fuera del país, y se les puede procesar por daños ecológicos masivos, una medida que podría servir de modelo para otros países (Solheim, 2022).

### *c) Revisión de legislación interna*

A nivel nacional, varios países han comenzado a incorporar el ecocidio en sus marcos jurídicos. Por ejemplo, en 2020, la Ley de Responsabilidad Corporativa para la Protección del Medio Ambiente de los Países Bajos estableció mecanismos para que las empresas puedan ser responsabilizadas por su contribución a la degradación del medio ambiente, incluidos los daños masivos a ecosistemas. Esta legislación establece que las empresas multinacionales tienen la responsabilidad de evitar el ecocidio, algo que podría complementarse con la creación de una corte internacional de crímenes ambientales. Esta tendencia también se observa en otras legislaciones, como en Colombia, donde se ha avanzado en la penalización de delitos ambientales bajo el marco de los crímenes de lesa humanidad. En cuanto a la Corte Penal Internacional (CPI), los países como Francia, México, e Islas Marshall han propuesto una reforma del Estatuto de Roma para incluir el ecocidio

[5] Stop Ecocidio Internacional (consultada el 13/03/2025).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, el proceso es lento y enfrenta la resistencia de algunos Estados, que temen que ello implique una ampliación descontrolada de la jurisdicción de la CPI (Bassiouni, 2012).

***d) Impacto en la Justicia Universal. ¿Cómo podría la Justicia Universal contribuir a la persecución de crímenes ecológicos a escala global?***

Si se reconoce el ecocidio como crimen internacional, la Justicia Universal podría desempeñar un papel crucial en la persecución de este tipo de crímenes, permitiendo que los responsables sean juzgados independientemente de dónde se haya cometido el delito. Esto sería particularmente relevante en el caso de corporaciones transnacionales que operan en países en desarrollo, donde las leyes nacionales sobre protección ambiental son a menudo inadecuadas o mal implementadas.

La Corte Penal Internacional tendría entonces el poder de juzgar no solo a líderes políticos, sino también a empresas y multinacionales responsables de la destrucción ecológica a gran escala, incluso si esas actividades ocurrieron fuera de su territorio. Un ejemplo relevante de esto es el caso de la explotación petrolera de Shell en el delta del Níger, que ha provocado la devastación de ecosistemas y comunidades enteras. Aunque este caso aún no ha sido procesado a nivel internacional, plantea un precedente sobre cómo las grandes corporaciones pueden ser incluidas en la Justicia Universal por sus crímenes ecológicos.

## 2. Tecnologías emergentes en la persecución de Crímenes Internacionales

### a) *Inteligencia artificial y big data en la persecución de Crímenes Internacionales*

La inteligencia artificial (IA) y el Big Data permiten procesar grandes volúmenes de información de manera más eficiente, facilitando la identificación de patrones y comportamientos asociados con crímenes internacionales. La IA, por ejemplo, puede analizar imágenes satelitales, grabaciones de video y otros datos digitales para identificar incidentes de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en tiempo real. Este tipo de tecnologías ya se están utilizando en casos complejos, como los relacionados con la guerra en Siria y los conflictos en África, donde la evidencia puede ser dispersa y difícil de recoger.

En el contexto del conflicto sirio, organizaciones como Human Rights Watch han utilizado IA para analizar imágenes y videos en redes sociales, con el fin de identificar patrones de abusos contra los derechos humanos y posibles crímenes de guerra. La IA también facilita la clasificación y archivo de las pruebas, algo crucial para el desarrollo de casos judiciales en tribunales internacionales (Vassallo, 2023).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### *1) Blockchain en la preservación de pruebas*

El *blockchain*, una tecnología asociada principalmente con las criptomonedas ofrece un enfoque innovador para la preservación de pruebas documentales y videográficas en crímenes internacionales. El uso de *blockchain* garantiza la autenticidad y la inalterabilidad de las pruebas, lo que es fundamental para evitar la manipulación o falsificación de documentos. En el caso de Myanmar, las pruebas de abusos masivos contra la población Rohingya, incluyendo videos de ataques a aldeas, han sido preservadas mediante esta tecnología. Esto no solo facilita la conservación de evidencia en situaciones de conflicto, sino que también asegura su integridad ante tribunales internacionales (Vassallo, 2023).

### *2) Cibercrímenes y la Justicia Universal*

Los cibercrímenes, que incluyen ataques informáticos a infraestructuras críticas, robo de información personal y ciberterrorismo, son una creciente preocupación en la justicia internacional. La globalización de la tecnología ha permitido que los cibercrímenes se lleven a cabo transnacionalmente, lo que dificulta la intervención de los sistemas legales nacionales. Sin embargo, la jurisdicción universal puede desempeñar un papel clave en la persecución de estos delitos, permitiendo que los perpetradores sean procesados en tribunales internacionales, como la CPI, incluso si los crímenes fueron cometidos en un país que no es parte del sistema internacional de justicia.

### *3) El ciberterrorismo*

Ha aumentado significativamente en los últimos años, con ataques a infraestructuras críticas, como las redes eléctricas, hospitales y sistemas de transporte, que tienen un impacto devastador en las sociedades. El derecho internacional está comenzando a adaptarse a este tipo de crimen, pero aún enfrenta desafíos en términos de jurisdicción, definición y prueba. La integración de *blockchain* y tecnologías forenses digitales puede ofrecer nuevas formas de investigar y procesar estos crímenes.

## IV. LOS ACTORES NO ESTATALES Y LA JUSTICIA UNIVERSAL: EMPRESAS, ONGS Y OTRAS ENTIDADES

La Justicia Universal ha sido tradicionalmente un concepto vinculado a los Estados, con el fin de juzgar los crímenes internacionales cometidos por individuos o grupos de poder político. Sin embargo, en un mundo cada vez más globalizado y multipolar, la responsabilidad por crímenes internacionales se extiende más allá de las fronteras nacionales y abarca a otros actores no estatales, como empresas multinacionales y organizaciones no gubernamentales (ONGs).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 1. El rol de las empresas multinacionales en la Justicia Universal

Las empresas multinacionales tienen un poder económico, político y social que, en ocasiones, se traduce en la capacidad de influir en la política interna de los países, incluso en contextos de violación masiva de derechos humanos. A lo largo de los años, se ha evidenciado que ciertas corporaciones, en busca de beneficios económicos, han estado involucradas en actividades que constituyen crímenes de lesa humanidad, como el trabajo forzado, la explotación laboral y la contaminación ambiental masiva.

### *a) Responsabilidad de las corporaciones*

Una de las manifestaciones más claras de la implicación de las empresas en crímenes de lesa humanidad ha sido su participación en situaciones de explotación laboral, trabajo forzado y destrucción medioambiental. Un caso emblemático es el de Shell en el delta del Níger. Durante décadas, la multinacional petrolera ha sido acusada de causar una devastación ambiental en la región, incluyendo la contaminación de ríos, tierras y ecosistemas, que ha afectado gravemente a las comunidades locales, contribuyendo a la violación de sus derechos humanos. En 2009, Shell acordó pagar una compensación a las comunidades afectadas por la contaminación en una demanda que implicaba daños ambientales y violaciones de derechos humanos. Aunque Shell nunca fue procesada en tribunales internacionales por crímenes de lesa humanidad, este caso ejemplifica la forma en que las empresas multinacionales pueden estar involucradas en la violación de los derechos fundamentales de las personas, provocando un daño masivo e irreversible al medio ambiente y a la vida de las personas afectadas (Solheim, 2022).

Este tipo de involucramiento empresarial ha generado un creciente debate sobre la responsabilidad corporativa y la necesidad de un marco legal que permita sancionar a las empresas no solo por sus actividades dentro de las fronteras de un país, sino también a nivel global, especialmente cuando operan en países con instituciones débiles o en situaciones de conflicto.

### *b) Legislación de responsabilidad corporativa*

En respuesta a estas preocupaciones, varios países han comenzado a adoptar leyes que buscan responsabilizar a las corporaciones por sus actividades, incluso cuando estas se desarrollan fuera de su territorio nacional. Francia, por ejemplo, promulgó en 2017 la Ley de Vigilancia Climática y Responsabilidad Corporativa, la cual exige a las empresas multinacionales francesas, operando tanto dentro como fuera de Francia, tomar medidas para prevenir violaciones de derechos humanos y daños ambientales en sus cadenas de suministro globales. Esta ley también establece la posibilidad de sancionar a las empresas que no implementen medidas adecuadas para prevenir abusos, tales como la contaminación masiva o el trabajo infantil, y obliga a las corporaciones a

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

publicar informes sobre sus esfuerzos para prevenir violaciones de derechos humanos y daños ambientales (Dépelteau, 2023).

El ejemplo de Francia ha sido seguido por otros países, como los Países Bajos, que han integrado cláusulas de responsabilidad corporativa en su legislación nacional, reconociendo que las empresas no pueden actuar impunemente simplemente porque sus actividades se desarrollen en países con marcos legales más débiles. En 2019, los Países Bajos implementaron una ley que establece que las empresas pueden ser responsabilizadas penalmente por violaciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro globales, lo que podría servir como modelo para otros Estados que buscan mejorar la rendición de cuentas global (Bassiouni, 2012).

### *c) Proyectos de rendición de cuentas globales*

Una de las propuestas más discutidas a nivel internacional es la creación de una Corte Penal Internacional para las Corporaciones, que podría aplicar la Jurisdicción Universal sobre crímenes cometidos por empresas en diferentes partes del mundo. Esta corte tendría la capacidad de juzgar a las corporaciones por su responsabilidad en crímenes internacionales, tales como el ecocidio, las violaciones de derechos humanos, o el trabajo forzado. Tal tribunal podría complementar el trabajo de la Corte Penal Internacional (CPI), ampliando su alcance a los actores no estatales más poderosos de la economía global.

Este modelo de Justicia Universal para las corporaciones también ha sido impulsado por organizaciones de la sociedad civil, como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, que han solicitado la creación de mecanismos legales que puedan garantizar que las empresas sean responsables de los impactos negativos que sus operaciones tienen sobre las personas y el medio ambiente. Sin embargo, la resistencia a este tipo de propuestas es significativa, dado el poder político y económico de muchas de estas corporaciones, que podrían desafiar estos esfuerzos a nivel internacional (Vassallo, 2023).

## 2. El Impacto de las ONGs y Actores No Estatales en la Justicia Universal

### *a) Investigación y documentación de Crímenes Internacionales*

ONGs como Amnistía Internacional y Human Rights Watch han sido actores clave en la documentación de crímenes internacionales. Estas organizaciones realizan investigaciones exhaustivas en países afectados por conflictos armados, genocidios y violaciones masivas de derechos humanos, utilizando una combinación de testimonios de víctimas, información de inteligencia y pruebas documentales. Este trabajo no solo permite denunciar las violaciones a nivel internacional, sino que también constituye un componente fundamental para los casos presentados ante tribunales internacionales como la CPI.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por ejemplo, en el contexto del conflicto en Sudán y las violaciones perpetradas en la región de Darfur, Amnistía Internacional y Human Rights Watch jugaron un papel crucial en la recopilación de pruebas y la movilización internacional para que se iniciaran investigaciones judiciales sobre los crímenes cometidos por las fuerzas del gobierno sudanés. Estas organizaciones también desempeñaron un papel clave en la presión internacional que condujo a la emisión de órdenes de arresto contra figuras como Omar al-Bashir, ex presidente de Sudán, por su responsabilidad en crímenes de guerra y genocidio.

Además de su trabajo de investigación, las ONGs también son importantes actores en la presión política para la realización de investigaciones y juicios internacionales. A través de campañas de sensibilización, movilización social y *lobbying* ante gobiernos y organismos internacionales, las ONGs buscan influir en las políticas exteriores de los países y en las decisiones de los tribunales internacionales. Esto ha sido particularmente importante en los casos de genocidio y crímenes de guerra, donde los actores no estatales actúan como intermediarios para que las víctimas tengan acceso a la justicia.

## V. LA JUSTICIA UNIVERSAL ANTE LOS CRÍMENES TRANSNACIONALES: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

### 1. Crímenes transnacionales: El caso del terrorismo y el narcotráfico

Los crímenes transnacionales como el terrorismo y el narcotráfico representan amenazas graves para la seguridad internacional y los derechos humanos. Estos delitos suelen involucrar redes complejas que operan más allá de las fronteras nacionales, lo que dificulta su persecución dentro de los marcos legales nacionales. La jurisdicción universal tiene un papel crucial en la persecución de estos crímenes, ya que permite que los tribunales de un país puedan juzgar a los responsables de crímenes cometidos en cualquier lugar del mundo, basándose en la gravedad de los hechos y el impacto global de los mismos.

Por ejemplo, la Convención Internacional para la Represión del Terrorismo (1979), impulsada por la ONU, establece la responsabilidad penal internacional para los terroristas, independientemente de donde hayan actuado. Esta convención ha sido fundamental para que se logre la cooperación internacional en la persecución de delitos terroristas transnacionales. Sin embargo, a pesar de su existencia, muchos países siguen siendo reticentes a aplicar la jurisdicción universal, especialmente cuando los crímenes son cometidos por actores no estatales, como organizaciones terroristas.

Un caso emblemático que ilustra la relevancia de la Justicia Universal frente a los crímenes transnacionales es el terrorismo internacional vinculado con crímenes de guerra, como los cometidos por el Estado Islámico (ISIS) en Irak y Siria. Los ataques perpetrados por ISIS, como las masacres de comunidades Yazidíes, las

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ejecuciones masivas y el uso de mujeres y niños como esclavos, se han calificado como crímenes de guerra y genocidio, lo que implica una clara violación del derecho internacional humanitario.

El Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la Resolución 2178 (2014) para abordar el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros y su vinculación con crímenes internacionales. La resolución insta a los Estados a tomar medidas para prevenir la radicalización de individuos y a castigar a aquellos que se unan a organizaciones terroristas, como ISIS, a través de la aplicación de su jurisdicción nacional, o, en última instancia, la jurisdicción universal. Sin embargo, la aplicación de la Justicia Universal en estos casos presenta obstáculos significativos, entre ellos, la falta de consenso internacional y las dificultades logísticas para el enjuiciamiento de terroristas internacionales.

El narcotráfico transnacional también representa un desafío importante para la Justicia Universal. Las redes de narcotráfico globalizadas, como las que operan en América Latina, Asia y África, a menudo involucran actores estatales y no estatales, lo que dificulta la persecución efectiva. A través de su capacidad para corromper instituciones y financiar conflictos armados, el narcotráfico tiene un impacto directo en la seguridad y los derechos humanos, especialmente en países como México, Colombia y Afganistán.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988) establece marcos para la cooperación internacional en la lucha contra el narcotráfico, pero la jurisdicción universal en este campo se enfrenta a numerosos desafíos. Por un lado, las leyes nacionales de muchos países aún no están completamente adaptadas para procesar crímenes transnacionales de narcotráfico, y, por otro lado, la falta de voluntad política en algunos países dificulta la cooperación internacional en la captura y enjuiciamiento de los líderes de estas organizaciones criminales.

### 2. Crímenes de ciberseguridad transnacionales

La ciberseguridad ha emergido como un nuevo campo de la Justicia Universal, debido al aumento de los cibercrímenes transnacionales. Los ataques informáticos a infraestructuras críticas internacionales, como el robo de información personal a gran escala, el sabotaje de sistemas energéticos y la manipulación de procesos electorales, requieren una respuesta global coordinada. Los ataques cibernéticos tienen un impacto transnacional inmediato, afectando a múltiples países, empresas y ciudadanos en tiempo real.

### 3. Ciberterrorismo y la aplicación de la Justicia Universal

El ciberterrorismo es uno de los crímenes más preocupantes en el ámbito de la ciberseguridad transnacional. Los ataques cibernéticos de grupos terroristas, como los perpetrados por ISIS en 2015, cuando hackearon sitios web y difundieron propaganda terrorista, es solo un ejemplo de este fenómeno. El ciberterrorismo tiene

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el potencial de desestabilizar gobiernos y afectar gravemente la seguridad de las infraestructuras críticas a nivel global. El problema central de la jurisdicción universal en estos casos radica en la naturaleza difusa de los atacantes, que a menudo operan desde territorios con legislaciones laxas o fuera del alcance de las autoridades nacionales.

### 4. El rol de la Justicia Universal en el cibercrimen transnacional

Para abordar los crímenes cibernéticos transnacionales, es esencial una cooperación internacional sólida que permita la persecución de los responsables, independientemente de su ubicación. Uno de los principales avances en este sentido ha sido la creación de marcos legales internacionales, como la Convención de Budapest sobre Cibercrimen (2001), que establece principios para la cooperación internacional en la lucha contra el cibercrimen. Sin embargo, la aplicación de la Justicia Universal en estos casos sigue siendo limitada debido a la rapidez con la que los atacantes cambian de ubicación y la dificultad de obtener pruebas digitales.

El caso de WannaCry (2017), un ataque de *ransomware* que afectó a miles de organizaciones en más de 150 países, demuestra cómo el cibercrimen transnacional puede tener un impacto global. Aunque se sospecha que el ataque fue perpetrado por actores vinculados al gobierno de Corea del Norte, la falta de pruebas concluyentes y la dificultad de rastrear a los perpetradores han complicado los esfuerzos por aplicar la Justicia Universal en este tipo de delitos. La resolución de estos problemas podría implicar el establecimiento de una jurisdicción universal especial para crímenes cibernéticos, apoyada por instituciones como la Interpol y otros organismos internacionales de ciberseguridad.

### 5. Robo de datos internacionales

El robo de datos internacionales es otro tipo de cibercrimen transnacional que ha crecido exponencialmente en la última década. Los ataques a bases de datos de empresas globales, como el hackeo de Yahoo! (2014), que comprometió 3 mil millones de cuentas, son ejemplos de cómo los datos personales pueden ser robados y utilizados de manera ilegal en múltiples países. La jurisdicción universal juega un papel crucial aquí, ya que permite la persecución de los criminales detrás de estos ataques, aunque los sistemas judiciales nacionales a menudo no están equipados para tratar estos delitos a nivel global.

## VI. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO Y TECNOLÓGICO

En un contexto global marcado por la interdependencia, el avance tecnológico y la aceleración de la globalización, la Justicia Universal se enfrenta a nuevos retos y oportunidades. Desde sus inicios, la Justicia Universal ha sido un pilar fundamental para garantizar que los crímenes internacionales, como el genocidio,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

las violaciones de derechos humanos y los crímenes de guerra, no quedasen impunes. Sin embargo, en un mundo interconectado, esta forma de justicia también debe adaptarse para hacer frente a fenómenos emergentes como el ecocidio, los crímenes cibernéticos y la creciente influencia de actores no estatales, como las empresas multinacionales y las ONGs.

La Justicia Universal debe evolucionar para seguir siendo eficaz sin perder sus principios fundamentales de no impunidad y responsabilidad penal internacional. La adaptación de este sistema debe ser cuidadosa y respetuosa de los principios que han consolidado su legitimidad, tales como la universalidad (el derecho de cualquier país a procesar crímenes graves), la imparcialidad y debido proceso. Es esencial que la Justicia Universal continúe protegiendo a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, incluso cuando las fronteras nacionales y las complejidades políticas dificultan la persecución de los responsables. Todo este sistema debe permitir no solo juzgar crímenes cometidos por individuos, sino también por organizaciones que operan a nivel global y que afectan a la humanidad de manera significativa.

Una de las reformas más urgentes es la inclusión del ecocidio como crimen internacional bajo el marco de la Justicia Universal. Aunque este tipo de crímenes aún no está formalmente reconocido en el Estatuto de Roma, hay una creciente presión internacional para que se añada al listado de crímenes internacionales. El avance tecnológico tiene un potencial significativo para hacer más eficaz, accesible e inclusiva la Justicia Universal en el futuro. Las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial (IA), el big data y el *blockchain*, pueden desempeñar un papel fundamental en la mejora de la recopilación, almacenamiento y análisis de pruebas en crímenes internacionales.

Además, el ciberespacio puede ser una herramienta vital para hacer que la Justicia Universal sea más accesible. Las plataformas digitales pueden facilitar la colaboración entre tribunales internacionales, gobiernos y organizaciones no gubernamentales, mejorando la eficiencia de las investigaciones y los juicios.

Por todo ello, el futuro de la Justicia Universal reside en su capacidad para adaptarse a los nuevos desafíos globales, sin perder de vista sus principios fundamentales. En definitiva, la Justicia Universal debe seguir siendo un mecanismo clave para asegurar que los crímenes más graves no queden sin castigo. Para ello, es necesario que los Estados y las organizaciones internacionales trabajen conjuntamente para reformar y ampliar el sistema de Justicia Universal, garantizando que sea capaz de afrontar los retos del siglo XXI, protegiendo los derechos fundamentales de todos los seres humanos, independientemente de las fronteras nacionales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BASSIOUNI, M. C., International Extradition: United States Law and Practice, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

BASSIOUNI, M. C., Introduction to International Criminal Law, 2.ª ed. revisada, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013.

BURNEO LABRÍN, J. A., «El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», Agenda Internacional, vol. XXV, n.º 36, 2018, pp. 303-322. https://doi.org/10.18800/agenda.201801.014

CASSESE, A., Cassese's International Criminal Law, 3.ª ed., revisada por P. Gaeta et al., Oxford University Press, Oxford, 2013.

CUNNINGHAM, W. P.; COOPER, T. H.; GORHAM, E., y HEPWORTH, M. T. (eds.), Environmental Encyclopedia, 2.ª ed., Gale Research, Detroit, 1998.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., Corte Penal Internacional y crimen de agresión: el levantamiento de inmunidades mediante la remisión de asuntos por el Consejo de Seguridad, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 71, n.º 2, 2019, pp. 195-221. https://doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.1.08

GIL GIL, A., y MACULAN, E. (dirs.), Derecho penal internacional, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

THE STORY LAB, Justicia Universal [pódcast de audio], narrado por Baltasar Garzón, Audible Originals, 2021. Disponible en: https://www.audible.es/podcast/Justicia-Universal/B09B7F2XFT

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, «Servicio de Asesoramiento en derecho internacional humanitario del CICR», 1 de enero de 2015. Disponible en: https://www.icrc.org/es/content/servicio-de-asesoramiento-en-derecho-internacional-humanitario-del-cicr

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, documento S/RES/827 (1993). Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/166567

**Jurisprudencia**

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Radovan Karadžić, sentencia de primera instancia de 24 de marzo de 2016, asunto IT-95-5/18-T.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998, asunto ICTR-96-4-T.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL DERECHO EN LA ERA DIGITAL

*M.ª Olivia Galán Azofra*

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Marco Jurídico en España sobre Derecho Informático. III. Protección de Datos Personales y Privacidad. IV. Delitos Informáticos y Ciberseguridad. V. Conclusión. VI. Bibliografía*

**Resumen:** *El derecho en la era digital ha evolucionado considerablemente en respuesta a los avances tecnológicos, particularmente en relación con la protección de datos personales, la privacidad y la ciberseguridad. En España, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), junto con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) europeo, han establecido un marco regulador robusto para salvaguardar los derechos digitales de los ciudadanos. Sin embargo, el aumento de los delitos informáticos, como el fraude y el robo de identidad, ha desafiado a las autoridades, que han intensificado la cooperación internacional y las medidas de ciberseguridad. Este trabajo analiza el marco jurídico español y europeo, los principales organismos reguladores, y los desafíos futuros para garantizar una regulación adecuada en un entorno digital en constante evolución.*

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el avance imparable de las tecnologías de la información y la comunicación ha transformado profundamente todos los aspectos de la sociedad moderna, incluidos los marcos legales que la regulan. La digitalización ha dado lugar a nuevas formas de interacción social, económica y laboral, que requieren una adecuación del derecho tradicional a estas nuevas realidades. La era digital ha abierto la puerta a un vasto entorno globalizado, donde el flujo de datos, la innovación tecnológica y las transacciones electrónicas superan fronteras físicas y legales, desafiando los marcos jurídicos vigentes (Fombuena, 2021). España no ha sido ajena a esta transformación. La irrupción de Internet, el comercio electrónico, las redes sociales y la inteligencia artificial han generado un complejo entorno que demanda una regulación adaptada a las particularidades del entorno digital (de Castro, 2017). El derecho, como sistema normativo, ha tenido que responder a estas demandas para proteger los derechos fundamentales, garantizar la seguridad en línea y regular las actividades empresariales que se desarrollan en este ámbito.

El Derecho Informático se define como la rama del derecho que regula las actividades relacionadas con la informática y las tecnologías de la información. Su principal objetivo es proteger los derechos de los ciudadanos, asegurar la privacidad y confidencialidad de los datos personales, prevenir los delitos informáticos y fomentar un uso ético y responsable de las tecnologías digitales (Alfonso, 2015). En otras

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

palabras, es el conjunto de normas que rigen las relaciones y actividades que tienen lugar en el entorno digital. La relevancia del Derecho Informático ha crecido exponencialmente con el auge de la sociedad de la información. Hoy en día, gran parte de nuestras actividades cotidianas, desde las transacciones comerciales hasta las interacciones sociales, se realizan en línea. Esto ha generado una serie de retos legales sin precedentes, que abarcan desde la protección de los datos personales y la propiedad intelectual hasta la regulación de los delitos cibernéticos y las cuestiones éticas derivadas del uso de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial y el *big data* (Morales, 2019). Este trabajo tiene como objetivo principal analizar el marco jurídico que regula el uso de las tecnologías de la información en España, prestando especial atención a la protección de los derechos digitales, la prevención de delitos informáticos y los desafíos éticos que plantea la era digital. Además, se explorará la evolución del Derecho Informático en el contexto español, destacando los avances normativos más recientes, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y su implementación en el país. Asimismo, el trabajo busca reflexionar sobre los retos que plantea el rápido desarrollo tecnológico, que obliga a una constante adaptación del marco legal. En última instancia, se pretende ofrecer una visión comprensiva del Derecho Informático en España, su evolución y los desafíos que enfrenta en el futuro cercano.

## II. MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA SOBRE DERECHO INFORMÁTICO

### 1. Legislación española relevante

En España, el desarrollo del Derecho Informático ha estado marcado por la necesidad de proteger los derechos fundamentales en un entorno digital en constante expansión. Las leyes nacionales se han ido adaptando para responder a los desafíos que plantean las nuevas tecnologías y su impacto en la sociedad. Entre las leyes más destacadas, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), ocupa un lugar central (Jefatura del Estado, 2018). Esta ley adapta el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) al contexto español, buscando equilibrar el derecho a la protección de datos con el derecho a la información y la libertad de expresión (Unión Europea, 2016). Otra norma clave es el Código Penal español, que ha ido incluyendo disposiciones específicas sobre delitos informáticos. Entre las tipificaciones más relevantes están los delitos de hacking, suplantación de identidad y fraude informático, contemplados en los artículos 197 y 248 del Código Penal, que regulan los accesos no autorizados a sistemas y el uso indebido de datos personales y bancarios. Estos cambios buscan hacer frente al crecimiento de actividades delictivas en línea que afectan tanto a particulares como a empresas (Jefatura del Estado, 1995). Además, la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI-CE) regula las actividades comerciales y contractuales que se desarrollan en Internet, así como el envío de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

comunicaciones comerciales electrónicas. Esta ley tiene como fin garantizar la seguridad jurídica en el comercio electrónico y proteger los derechos de los consumidores en entornos digitales (Jefatura de Estado, 2002).

## 2. Normativa europea aplicable (RGPD, Directiva NIS, entre otras)

El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), aprobado por la Unión Europea en 2016 y de aplicación obligatoria desde 2018, ha transformado profundamente la manera en que las empresas y organizaciones gestionan los datos personales en España. Este reglamento establece un marco homogéneo en toda la Unión Europea, centrado en la protección de los datos personales de los ciudadanos, su tratamiento y el libre movimiento de estos. El RGPD otorga a los ciudadanos un mayor control sobre sus datos y establece sanciones más severas para quienes incumplan la normativa, lo que ha motivado cambios en las políticas de privacidad y en las prácticas empresariales (Unión Europea, 2016).

Otra normativa europea de gran relevancia es la Directiva NIS (Seguridad de Redes y Sistemas de Información), cuyo objetivo es mejorar el nivel general de seguridad de las redes y sistemas en Europa (Robles, 2018). España ha transpuesto esta directiva a través del Real Decreto-ley 12/2018, que establece medidas específicas para la ciberseguridad, abarcando tanto a los sectores críticos como a las infraestructuras estratégicas. Esto implica que empresas que operan en sectores esenciales, como las telecomunicaciones, la energía o la salud, deben cumplir con estándares más estrictos para prevenir y gestionar incidentes de seguridad cibernética (Jefatura del Estado, 2018). Otras normativas europeas, como la Directiva sobre Comercio Electrónico y la Directiva de Derechos de Autor en el Mercado Único Digital, también han sido fundamentales para regular el entorno digital en España, garantizando tanto la protección de los derechos de autor como la libre prestación de servicios digitales en la Unión Europea.

## 3. Principales organismos reguladores (AEPD, INCIBE)

En España, existen varios organismos encargados de supervisar y garantizar el cumplimiento de las normativas relacionadas con el Derecho Informático y la seguridad digital. Uno de los más importantes es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que se encarga de velar por el cumplimiento de la LOPDGDD y el RGPD. La AEPD tiene la misión de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, asegurando que las empresas y organizaciones respeten la privacidad y los derechos de los usuarios en el tratamiento de sus datos. Este organismo no solo tiene competencias sancionadoras, sino que también desempeña un papel educativo, promoviendo el uso responsable de los datos personales en el entorno digital (Aepd, 2020). Otro organismo clave es el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), que depende del Ministerio de Asuntos

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Económicos y Transformación Digital. INCIBE es una institución referente en ciberseguridad en España y su labor se centra en la protección de ciudadanos, empresas y administraciones públicas frente a amenazas en línea. A través de diferentes programas y recursos, INCIBE fomenta la concienciación en ciberseguridad y ofrece soporte técnico para la gestión de incidentes, contribuyendo a un entorno digital más seguro (INCIBE, s.f.). En conjunto, estos organismos trabajan para asegurar que tanto los derechos de los ciudadanos como la seguridad de los sistemas estén debidamente protegidos, adaptándose continuamente a los nuevos desafíos que plantea el entorno tecnológico.

## III. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y PRIVACIDAD

### 1. La evolución del derecho a la privacidad en la era digital

El derecho a la privacidad ha sido un pilar fundamental en las legislaciones de muchos países, pero la transformación digital ha generado nuevas necesidades de protección frente a los riesgos que plantea el entorno en línea. En el pasado, la privacidad estaba más relacionada con la protección del espacio físico de las personas y el resguardo de sus comunicaciones. Sin embargo, la era digital ha expandido esta necesidad hacia la protección de los datos personales, que ahora se recopilan, almacenan y procesan en volúmenes sin precedentes. Con la proliferación de plataformas digitales, redes sociales y servicios en línea, los datos personales de los usuarios han pasado a ser un valioso activo comercial para empresas y organizaciones. Este cambio ha obligado a los legisladores a adaptar las leyes a fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos frente a la invasión de su privacidad y el uso no autorizado de su información personal. La evolución del derecho a la privacidad ha tenido que lidiar con nuevas amenazas, como la vigilancia masiva, el robo de identidad, y el uso indebido de datos con fines publicitarios y comerciales. La respuesta a estos desafíos ha sido la creación de normativas más estrictas que otorgan a los ciudadanos mayor control sobre su información y establecen sanciones severas para quienes no respeten estos derechos (Meraz, 2018).

### 2. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y su impacto en España

El impacto del RGPD ha sido significativo. La Ley Orgánica 3/2018, conocida como la LOPDGDD, adaptó el reglamento al contexto español, fortaleciendo las medidas de protección y ampliando los derechos digitales. Una de las principales innovaciones del RGPD es el principio de responsabilidad proactiva. Este principio obliga a las empresas a no solo cumplir con la normativa, sino también a demostrar que han adoptado todas las medidas necesarias para proteger los datos de sus usuarios. Esto incluye la implementación de medidas técnicas y organizativas adecuadas, como el cifrado de datos y la evaluación de riesgos. El impacto del RGPD en España también se ha reflejado en un aumento significativo de las sanciones y multas impuestas por la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a empresas que incumplen la normativa. Entre los casos más destacados se encuentra la sanción de 8 millones de euros a Vodafone en 2021 por violar las disposiciones del RGPD, un claro ejemplo de la determinación de las autoridades españolas de garantizar el cumplimiento de estas normas (Royo, 2021). Otro caso relevante es el de Google, multada en múltiples ocasiones por la AEPD, por no cumplir con los principios de transparencia y consentimiento informado en el tratamiento de datos personales (Aepd, 2022).

Un caso destacado en la jurisprudencia española es el del "derecho al olvido", que ha sentado importantes precedentes sobre la privacidad en el entorno digital. Uno de los casos más relevantes fue el litigio de Mario Costeja González contra Google Spain, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 13 de mayo de 2014, reconoció el derecho al olvido. En este fallo, se dictaminó que los ciudadanos europeos tienen el derecho a solicitar que los motores de búsqueda eliminen resultados de búsquedas que contengan información irrelevante o perjudicial sobre ellos, siempre que no afecte al interés público. Este caso ha sido clave en la configuración del marco del RGPD, puesto que refuerza el derecho de los individuos a controlar su presencia en la web y el tratamiento de su información personal en línea (Martínez, 2015).

## IV. DELITOS INFORMÁTICOS Y CIBERSEGURIDAD

En la era digital, los delitos informáticos han crecido exponencialmente en España, afectando tanto a individuos como a empresas. Entre los más comunes se encuentran el fraude online, el hacking y el robo de identidad. El fraude incluye desde estafas mediante correos electrónicos falsos (phishing) hasta la utilización de tarjetas de crédito robadas. Por su parte, el hacking involucra el acceso no autorizado a sistemas informáticos con fines maliciosos, mientras que el robo de identidad implica la apropiación indebida de datos personales para cometer otros delitos, como el fraude financiero (de la Barrera, 2022). Para prevenir y perseguir estos delitos, se han implementado diversas estrategias, como la concienciación pública sobre la importancia de la ciberseguridad y el uso de tecnologías de protección como el cifrado de datos y la autenticación de dos factores. Además, las empresas están obligadas a cumplir con normativas como la Directiva NIS y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI), que imponen medidas de seguridad más estrictas. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) juegan un papel clave en la monitorización y respuesta ante incidentes cibernéticos. El papel de las autoridades en la lucha contra los delitos informáticos es crucial. La Guardia Civil y la Policía Nacional, a través de sus unidades especializadas en delitos telemáticos, investigan estos crímenes. Sin embargo, la colaboración internacional es fundamental, ya que muchos de estos delitos se cometen a través de redes globales. España

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

coopera activamente con organismos internacionales como Europol y Interpol para perseguir a los ciberdelincuentes que operan más allá de sus fronteras (García, 2024).

Un caso notable de jurisprudencia relacionado con delitos informáticos en España es el de la "Operación Lemmings", un caso de cibercrimen vinculado al fraude a través de criptomonedas. En este caso, la Policía Nacional desmanteló una red que operaba desde Madrid, utilizando un esquema de criptoestafa piramidal. La organización atraía a inversores con promesas de altos retornos a través de criptomonedas, pero en realidad, los fondos eran desviados para enriquecimiento personal. Este caso subraya la creciente sofisticación de los delitos cibernéticos y la importancia de la cooperación internacional, ya que las operaciones de la red se extendían a otros países (Diario de Sevilla, 2022), (Tornel, 2022). La operación implicó la colaboración de diversas agencias nacionales e internacionales, destacando el papel de la Policía Nacional y la Guardia Civil, quienes llevaron a cabo las detenciones y el desmantelamiento de la infraestructura digital utilizada para la estafa. Este tipo de casos refleja la importancia de un marco jurídico robusto en materia de ciberseguridad y delitos informáticos en España, así como la necesidad de una respuesta coordinada entre las autoridades de distintos países. Este tipo de ciberestafas ha obligado a las autoridades y a las empresas a fortalecer sus medidas de seguridad, y a los usuarios a tener mayor cautela al navegar en el entorno digital.

## V. CONCLUSIÓN

El Derecho Informático en España ha avanzado significativamente en los últimos años, adaptándose a los desafíos que plantea la era digital. La protección de los datos personales, la regulación de los delitos informáticos y la mejora en las estrategias de ciberseguridad son algunos de los logros más destacados. No obstante, a medida que la tecnología continúa evolucionando, surgen nuevos retos que requieren una constante actualización del marco legal. El progreso tecnológico es imparable, y con él, la necesidad de proteger los derechos de los ciudadanos en el entorno digital. La adaptación del marco jurídico es esencial para enfrentar las amenazas emergentes y garantizar un equilibrio entre el desarrollo tecnológico y la seguridad de los usuarios. España, con su sólida legislación y organismos especializados, está bien posicionada para enfrentar estos retos, aunque el camino hacia una regulación más efectiva sigue siendo un desafío continuo. En este contexto, resulta crucial fomentar la colaboración entre el sector público, privado e internacional para combatir los delitos informáticos y garantizar que los avances tecnológicos vayan de la mano con la protección de los derechos fundamentales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Aepd. (2020). Protección De Datos Y Seguridad. Obtenido De Https://Www.Aepd.Es/Prensa-Y-Comunicacion/Blog/Proteccion-Datos-Seguridad

Aepd. (2022). La Aepd Sanciona A Google Llc Por Ceder Datos A Terceros Sin Legitimación Y Obstaculizar El Derecho De Supresión. Obtenido De Https://Www.Aepd.Es/Prensa-Y-Comunicacion/Notas-De-Prensa/La-Aepd-Sanciona-Google-Llc-Por-Ceder-Datos-Terceros-Sin

Alfonso, P. (2015). ¿Derecho Informático Ó Informática Jurídica? Obtenido De Riti Journal, Vol. 3, 6: Https://Dialnet.Unirioja.Es/Descarga/Articulo/7242751.Pdf

De Castro, P. (2017). Impacto De Las Redes Sociales Y Las Tecnologías Smart Sobre La Actividad Económica Y Empresarial. Obtenido De Https://Repositorio.Unican.Es/Xmlui/Bitstream/Handle/10902/11368/Tesis%20pmcg.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y

De La Barrera, L. (2022). Cibercriminalidad En España Y Covid-19: La Evolución Del Fraude A Través De Internet Y El Desplazamiento De Oportunidades Delictivas. Obtenido De Https://Dspace.Umh.Es/Bitstream/11000/28320/1/Sepp_Tfg_De%20la%20barrera_De%20lamo_Luis.Pdf

Diario De Sevilla. (2022). Cae Una Organización Que Captaba Inversionistas En Criptomonedas. Obtenido De Https://Www.Diariodesevilla.Es/Sevilla/Cae-Organizacion-Captaba-Inversionistas-Criptomonedas-Video_0_1747025748.Html

Fombuena, M. (2021). El Impacto De Las Tecnologías Digitales Sobre La Organización Del Trabajo. Obtenido De E-Revista Internacional De La Protección Social. Vol. Vi, Nº 1; Pp. 394-415: Https://Revistascientificas.Us.Es/Index.Php/Erips/Article/View/15670/15088

García, M. (2024). Ciberseguridad Vs Ciberdelincuencia: Obstáculos Procesales En La Persecución De La Ciberdelincuencia Organizada. Propuestas Para Una Más Eficaz Represión De Los Ciberdelitos. Obtenido De Ciencia Policial, 182, 15-69: Https://Revistas.Usal.Es/Cuatro/Index.Php/2254-0326/Article/View/31962

Incibe. (S.F.). Instituto Nacional De Ciberseguridad. Obtenido De Https://Www.Incibe.Es/Incibe/Informacion-Corporativa/Que-Es-Incibe

Jefatura De Estado. (2002). Ley 34/2002, De 11 De Julio, De Servicios De La Sociedad De La Información Y De Comercio Electrónico. Obtenido De Https://Www.Boe.Es/Buscar/Act.Php?Id=Boe-A-2002-13758

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Jefatura Del Estado. (1995). Ley Orgánica 10/1995, De 23 De Noviembre, Del Código Penal. Obtenido De Https://Www.Boe.Es/Buscar/Act.Php?Id=Boe-A-1995-25444

Jefatura Del Estado. (2018). Ley Orgánica 3/2018, De 5 De Diciembre, De Protección De Datos Personales Y Garantía De Los Derechos Digitales. Obtenido De Https://Www.Boe.Es/Buscar/Act.Php?Id=Boe-A-2018-16673#:~:Text=Ocupa%20un%20lugar%20relevante%20el,De%20los%20menores%20en%20internet.

Jefatura Del Estado. (2018). Real Decreto-Ley 12/2018, De 7 De Septiembre, De Seguridad De Las Redes Y Sistemas De Información. Obtenido De Https://Www.Boe.Es/Diario_Boe/Txt.Php?Id=Boe-A-2018-12257

Martínez, J. (2015). El Derecho Al Olvido En Internet: Debates Cerrados Y Cuestiones Abiertas Tras La Stjue Google Vs Aepd Y Mario Costeja. Obtenido De Https://Dialnet.Unirioja.Es/Servlet/Articulo?Codigo=5169232

Meraz, A. (2018). Empresa Y Privacidad: El Cuidado De La Información Y Los Datos Personales En Medios Digitales. Obtenido De Revista Ius, Vol. 12, Núm. 41, Pp. 293-310: Https://Www.Redalyc.Org/Journal/2932/293258387016/Html/

Morales, A. (2019). El Impacto De La Inteligencia Artificial En El Derecho. Obtenido De Advocatus. 39. Pp.30-71: Https://Revistas.Ulima.Edu.Pe/Index.Php/Advocatus/Article/Download/5117/4930/

Robles, M. (2018). Seguridad De Redes Y Sistemas De Información En La Unión Europea: ¿Un Enfoque Integral? Obtenido De Revista De Derecho Comunitario Europeo, 60, 563-600.: Https://Dialnet.Unirioja.Es/Descarga/Articulo/6555412.Pdf

Royo, V. (2021). La Aepd Bate Récord: Más De 8 Millones De Multa A Vodafone Por No Respetar La Protección De Datos. Obtenido De Https://Noticias.Juridicas.Com/Actualidad/Noticias/16094-La-Aepd-Bate-Record:-Mas-De-8-Millones-De-Multa-A-Vodafone-Por-No-Respetar-La-Proteccion-De-Datos-/

Tornel, M. (2022). La Ciberdelincuencia Y Las Especialidades Procesales De La Prueba. Obtenido De Https://Repositorio.Comillas.Edu/Xmlui/Bitstream/Handle/11531/58083/Tfg%20tornel%20estrada%2c%20marina.Pdf?Sequence=1

Unión Europea. (2016). Reglamento (Ue) 2016/679 Del Parlamento Europeo Y Del Consejo, De 27 De Abril De 2016. Obtenido De Https://Www.Boe.Es/Doue/2016/119/L00001-00088.Pdf

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LAS DILIGENCIAS DE ACCESO Y REGISTRO DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS: REQUISITOS, LÍMITES Y PROBLEMAS DE EJECUCIÓN PRÁCTICA

*María Paula Galán Isla*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia

**SUMARIO:** *I. El marco jurídico de la investigación tecnológica en el proceso penal español. II. La investigación tecnológica y los derechos fundamentales. III. El acceso y registro de dispositivos electrónicos. IV. Requisitos de validez del acceso y registro: el Auto habilitador. V. Problemas de ejecución. V. Conclusiones. VII. Bibliografía*

## I. EL MARCO JURÍDICO DE LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

### 1. Situación anterior a la LO 13/2015. El vacío legal

El legislador, en cuanto a las diligencias de investigación que pueden afectar a derechos fundamentales del investigado, ha sido siempre consciente de la pugna entre dos objetivos igualmente importantes para el Estado de derecho:

Por un lado, la obligación de procurar la comprobación de hechos que pudieran ser constitutivos de delito, con el fin de actuar en pro de la reparación del daño social producido y la restauración del orden jurídico alterado;

Por otro lado, el reconocimiento y protección de ciertos derechos fundamentales de la persona, que solo por causa muy justificada pueden ser limitados.

El epítome de esta pugna se revela en el expresivo nombre del actual Título VIII del Libro Segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución".

El artículo 18 de la Constitución dice:

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
2. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

Por tanto, en principio y según el tenor literal del título, los derechos fundamentales afectados por las diligencias previstas en el citado Título VIII serían el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. En realidad, sin embargo y como se expondrá, no serán los únicos que la doctrina considere involucrados. Una nueva realidad se ha impuesto en nuestras vidas a través de la tecnología, determinando la necesidad de designar nuevos derechos: así, el derecho a la protección de datos, el derecho a la autodeterminación informática o el derecho del que se dice aglutinador de todos los anteriores: el derecho al entorno virtual propio.

Antes de la reforma introducida en el año 2015 por la LO 13/2015, de 13 de octubre, el Título VIII llevaba por nombre: *De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*. La Ley Orgánica 13/2015, significativamente, se denomina *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.* Por su afectación a derechos fundamentales (art. 18, art. 24) es precisamente por lo que se regula con rango de Ley Orgánica[1].

Hasta entonces, debido a la progresiva obsolescencia de la regulación de estas diligencias a la vista de la acelerada y masiva implantación de la tecnología en los usos de la vida cotidiana, la base para las diligencias de investigación tecnológica debía partir de las previsiones entonces existentes, es decir, la normativa prevista para la interceptación de comunicaciones. Debido a esta carencia, la jurisprudencia tuvo que ir modulando los requisitos, terminando por requerir[2] al legislador para que pusiera fin a este *abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa" que -según sigue- "ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal.* El Tribunal Constitucional había apuntado explícitamente el carácter inaplazable de una regulación que abordara las intromisiones tecnológicas en la privacidad del investigado en un proceso penal.

[1] Así se explicita en su Exposición de Motivos, apartado II: "...se ha optado porque la iniciativa legislativa que se centra en previsiones de naturaleza orgánica, como las que ocupan esta ley (reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y de los detenidos o presos, y regulación de las medidas de investigación limitativas del artículo 18 de la Constitución), se regulen en una norma *ad hoc* de rango orgánico".

[2] Exposición de Motivos, ap. IV.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La reforma, explicitando en el Título VIII la consciencia del legislador al respecto de la necesidad de abordar esta falta de adecuación de la antigua norma procesal a la realidad, introduce las siguientes medidas limitativas de derechos (capítulo IV del Título VIII):

- La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas;
- La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos;
- La utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen;
- El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información;
- Y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Como puede fácilmente apreciarse, la pugna entre la (cada vez mayor) facilidad con que, a través de medios tecnológicos, puede accederse a una cantidad de información altamente relevante para la investigación, y el alto grado de intromisión en derechos fundamentales que, a la vez, esta posibilidad implica, es clara en todos los casos. No obstante, en este trabajo, partiendo de la regulación común, se pondrá el foco en el análisis de las diligencias de acceso y registro del contenido de dispositivos electrónicos cuyo examen afecta a derechos de los particulares que los poseen o utilizan[3].

## 2. La LO 13/2015 como respuesta a una necesidad

Cuando la Exposición de Motivos de la LO 13/2015 hace expresa referencia a la jurisprudencia que venía exigiendo una regulación de la materia[4], se refiere a sentencias como las siguientes, que ejemplifican, sin ánimo exhaustivo, cómo se iba formando jurisprudencialmente una construcción conceptual que apuntaba a la necesidad de una intervención legisladora:

- La STC 70/2002, de 3 de abril, en la que se enuncia la idea de que la policía puede intervenir sin autorización judicial y que el propio Tribunal invocará como precedente de la STC 173/2011. Alegaba el recurrente vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones postales pues, en el momento de su detención, la Guardia Civil le había intervenido una carta que desdobló y leyó sin previa autorización judicial. El Tribunal, descartada la posible afectación al secreto de las comunicaciones en tanto en cuanto la carta no se intercepta en camino sino ya leída y guardada (incluida, además, en un

[3] Quedan fuera, por la no afectación a derechos fundamentales, los registros de dispositivos de carácter público, tal y como analiza la STS n.º 426/2016, de 19 de mayo en referencia a los ordenadores de la Jefatura Provincial de Tráfico, al ser utilizados solamente por razón de trabajo.

[4] De hecho, López-Causapé considera que, de hecho, en algunos puntos la regulación en sí del Título VIII es una transposición de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (López-Causapé, E., "Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes", p. 7).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

formato de hojas sueltas en el interior de una agenda que no hacían pensar en una carta[5]), considera que tal derecho a la intimidad puede legítimamente ceder ante intereses constitucionalmente relevantes y se cumplen los requisitos, ya enunciados en sentencias anteriores de fin legítimo, necesidad y proporcionalidad, bajo la habilitación legal de (entre otros preceptos) el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[6].

- La muy comentada STC 173/2011[7], de 7 de noviembre, resuelve el recurso de un condenado por tenencia y distribución de pornografía infantil, cuya condena se había basado en el examen, por parte de la policía, de la carpeta *Incoming* (carpeta de descargas) del programa eMule. Es este un programa de intercambio de archivos en cuya carpeta *Incoming* se reciben y guardan y, a la vez, se comparten, archivos del tipo que sea (en este caso, archivos de contenido sexual referido a menores). Estos archivos se descubrieron porque el condenado había dejado su ordenador a disposición de un reparador informático, avisándole de que carecía de contraseña. Accidentalmente, al ir a abrir un archivo para comprobar que la reparación estaba bien realizada, el informático encontró una carpeta con este material pornográfico y puso inmediatamente el dispositivo en manos de la policía, que registró el mismo y encontró la carpeta *Incoming.* A diferencia de los archivos descubiertos por el informático, que implican tenencia (art. 189.2 CP), los contenidos en la carpeta *Incoming* de eMule encontrados por la policía se están compartiendo; es decir, se están distribuyendo (art. 189.1, b), con lo que la conducta se agrava y por tanto, también se agrava la sanción. Puesto que esta era la única prueba de cargo, el condenado solicitó la nulidad de esta por vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). El Tribunal Constitucional avaló la actuación policial. Según el tribunal, el consentimiento (prestado de manera indudable para el informático). Esta autorización no podía entenderse, en cambio, extendida a la actuación policial, siendo los requisitos para la limitación del derecho a la intimidad:
  - Existencia de un fin constitucionalmente legítimo;

[5] Esta objeción me parece un tanto forzada; si la Guardia Civil no podía sospechar, por el aspecto de las hojas, que se trataba de una carta y no de unas hojas cualesquiera, sin duda al comenzar su lectura su verdadera naturaleza habría quedado enseguida revelada, reclamando para sí, cuando menos, el estatus de carta privada, que determinaría la obligación de dejar de leer inmediatamente y solicitar la autorización judicial. Sin embargo, el Tribunal considera que esperar a dicha resolución habría frustrado la intervención: "la necesidad de intervención inmediata en el caso concreto está acreditada"

[6] *La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.*

[7] Para un análisis exhaustivo de dicha resolución Ruiz-Legazpi, A., "Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: el registro de ordenadores (*incoming* de Emule) en la STC 173/2011". Revista Española de Derecho Constitucional, número 100, enero-abril (2014), págs. 365-390.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

- Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad);
- Que, *como regla general*[8], se acuerde mediante resolución judicial motivada;
- La estricta observancia del principio de proporcionalidad.

El Tribunal consideró, como ya lo había hecho en la resolución anteriormente citada, que se daban los requisitos de urgencia y necesidad que eximían a la policía de la autorización judicial. En este caso, mencionaron la posibilidad de una conexión a distancia que borrara los datos que la policía encontró antes de que pudiera consumarse dicho borrado.

En esta sentencia se avanza una reflexión sobre la enorme afectación de derechos que implica el acceso a ciertos dispositivos, como un ordenador: *Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona.*

En esta línea irá abundando la doctrina jurisprudencial.

- La STS 342/2013 de 17 de abril[9] acuña el término "derecho al entorno virtual". Así lo razona su ponente, D. Manuel Marchena (reconocido experto en la materia, precisamente): *En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos ( art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar -de hecho, normalmente albergará- información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la*

[8] Las cursivas son nuestras.

[9] Esta sentencia es citada expresamente en la Circular de la FGE 5/2019 como precedente de la legislación donde se da carta de naturaleza al "derecho al entorno virtual".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.*

El tratamiento unitario del conjunto de derechos agrupables bajo la denominación "derecho al entorno virtual" tiene la ventaja de que la habilitación para el acceso a este entorno incluirá posibles afectaciones no inicialmente previstas.

*Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, 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.*

- La STS 246/2014, de 2 de abril, abunda en esta idea de la necesidad de regular una obligatoria habilitación judicial para el acceso a estos dispositivos, dada la multiafectación de derechos que suponen: *Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.*

- La STC 154/2014, de 22 de septiembre es la que precipita la reforma afirmando: *le corresponderá a este Tribunal suplir las insuficiencias apreciadas en el precepto legal citado hasta que se produzca la necesaria intervención del legislador.*

No solamente la jurisprudencia contenía la exigencia de establecer una regulación de estas diligencias adaptada a los tiempos: como la propia Circular de la Fiscalía General del Estado[10] de 2.019, dedicada a estas diligencias, se encarga de recordar, también lo venían exigiendo diversas normas internacionales, como el *art. 19 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 o el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa de 28 de Enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector*

[10] Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.*

## II. LA INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha adelantado, derechos fundamentales tradicionalmente reconocidos conviven con otros de nuevo cuño (por responder a estas nuevas realidades virtuales) dentro de los dispositivos electrónicos. Según el dispositivo y según el acceso de que estemos hablando, se verá involucrado uno o varios de estos derechos.

El Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2.023, del que resulta ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena expone el ejemplo del smartphone:

- Por un lado, este dispositivo permite la comunicación telemática tanto oral (llamadas) como escrita (emails, SMS, mensajes de aplicaciones como WhatsApp o Telegram, etc.;
- Por otro, contiene un registro de todos los datos referidos a estas conversaciones.

Solo las comunicaciones en marcha afectan al secreto de las comunicaciones; los registros que quedan, ya terminado el acto de comunicación, constan como consecuencia de un proceso técnico o electrónico de conservación o documentación que afectan, en cambio, al derecho a la intimidad y/o a la autodeterminación informática.

Hay consenso en aceptar que, mientras la comunicación se está produciendo, el derecho fundamental afectado es el secreto de las comunicaciones, como es sabido de superior protección; una vez finalizada la comunicación, el registro de esta (la conversación guardada, digamos), afecta al derecho a la intimidad.

Los avances en el campo de la tecnología, y su introducción en nuestra cotidianeidad, han ido generando nuevos hábitos y nuevos escenarios que involucran nuevos derechos de la personalidad: piénsese en la información sobre una persona que proporciona conocer sus hábitos de búsquedas y navegación en internet, su actividad en foros y redes sociales o, incluso, la geolocalización de sus conexiones. El conjunto de datos que a través de la investigación de nuestra actividad digital puede obtenerse permite obtener un panorama de nuestra personalidad para el que los conceptos de “intimidad” o “secreto de las comunicaciones” resultan reduccionistas.

Por ello, junto con los anteriores, hoy se habla también del derecho a la protección de datos, el derecho a la autodeterminación informática y, englobando a los anteriores, el derecho al entorno virtual.

El derecho a la autodeterminación informática es descrito en sentencias como la de la Sala 2ª del Tribunal

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Supremo de 23 de octubre de 2.018 La STS, Sala 2.ª, de 23.10.18 [11]: *Se aprecia una diferencia no simplemente cuantitativa, sino también cualitativa entre lo que supone registrar los cajones de la mesa que un empleado despedido venía utilizando, o sigue usando; y el acceso a un dispositivo electrónico de exclusivo uso como es un ordenador. En este caso hay un plus determinado no solo porque puede suponer desnudar virtualmente a una persona, sino porque incide también en otro derecho de nueva generación como es la autodeterminación informativa.*

Pablo Lucas[12] identifica el derecho a la autodeterminación informativa con la protección de los datos de carácter personal, explicando que la diferencia de denominaciones obedece a que *la primera, acuñada por Alemania y utilizada por su Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, pone el foco en el consentimiento informado y libre del uso por terceros de datos que le conciernen, mientras que la segunda[13] utiliza una expresión que pretende denominar el conjunto de medios jurídicos a través de los cuales se satisface aquella facultad.*

El derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del art. 18.4 CE y es descrito en sentencias del Tribunal Constitucional como un derecho o libertad fundamental en sí mismo[14] que *excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención*[15].

Todos los actos que desvelan información personal contenida en dispositivos electrónicos afectan al derecho a la protección de datos[16], como por ejemplo la dirección IP (etiqueta numérica que identifica un dispositivo en una red). El mismo está reconocido en el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y en el art. 18.4 de la Constitución[17] y en el caso de los dispositivos multifunción, puesto que exponen distintos aspectos

---

11 De la que es ponente D. Antonio del Moral García.

12 Lucas Murillo de la Cueva, P. "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales". Azpilicueta: cuadernos de derecho, nº 20, 2008. Págs. 43-58.

13 Que, como recuerda Lucas, es la acogida por la LOPD, por nuestro Tribunal Constitucional y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

14 STC 254/1993, Sala 1.ª, de 20 de julio o de 18 de agosto.

15 STC 292/2000, de 30 de noviembre.

16 En la citada STS 342/2013, se recuerda que "el carácter de la dirección IP como dato personal ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas resoluciones (cfr. por todas, SSTS 249/2008, 20 de mayo ; 236/2008, 9 de mayo ; 680/2010, 14 de julio y 292/2008, 28 de mayo)".

17 Art. 18. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de la personalidad del afectado, involucran el derecho a la autodeterminación informática.

Finalmente, todo ello es agrupado por el Tribunal Supremo bajo el paraguas del concepto *derecho al entorno virtual* o, en sus palabras, *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*[18].

## III. EL ACCESO Y REGISTRO DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

### 1. El objeto de la regulación: disposiciones comunes a todas las diligencias de investigación tecnológica

La regulación común de las diligencias de investigación tecnológica se contiene en los artículos 588 bis a) a 588 bis k). Son las: *Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.*

Aunque el objeto de este estudio es la regulación específica referida al registro de dispositivos electrónicos, cabe recordar que los principios rectores comunes a todos ellos exigen que *medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*[19].

La medida puede ser acordada de oficio o a instancia de la policía judicial o el Ministerio fiscal. En la solicitud deben incluirse[20] la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado (con sus datos de identificación) o de cualquier otra persona afectada por la medida, siempre que conste; la exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad en que se basa; los medios que permitan la ejecución de la medida; su extensión; la unidad investigadora que se encargará de ello; cómo se ejecutará y durante cuánto tiempo se alargará; y finalmente el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, de conocerse.

Recibida la petición el instructor (quien también puede actuar de oficio), oído el Ministerio fiscal, deberá resolver mediante Auto motivado en el plazo máximo de 24 horas[21]. Si la autoriza, deberá ser sobre la base del

[18] Todo ello objeto de análisis en Fernández-Gallardo, J.A., "El acceso al entorno virtual del investigado, "Revista Jurídica de Castilla y León, número 51 de junio 2.020, págs. 173-2023.
[19] Art. 588 bis a) 1.
[20] Art. 588 bis b).
[21] Art. 588 bis c).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cumplimiento justificado de necesidad, idoneidad, proporcionalidad, especialidad y excepcionalidad. Una vez acordada, deberá decretarse una pieza secreta y separada para su desarrollo[22]. Se añaden también, en esta regulación general, previsiones sobre la duración de la medida acordada que por su naturaleza no serían aplicables al registro de un dispositivo electrónico, pues es esta una medida que no tiene un desarrollo a lo largo del tiempo sino que se ejecuta de una vez. En cambio, las previsiones genéricas sobre la posible afectación a información de terceros son especialmente aplicable al registro de estos dispositivos, pues es evidente que habitualmente en nuestro teléfono móvil o nuestro ordenador guardamos conversaciones, imágenes y datos de multitud de personas. Por ello también será de especial importancia el tratamiento que se dé a los hallazgos casuales (que pueden perfectamente afectar a terceros), o sobre la posterior obligación de borrado, que veremos en el apartado relativo a los problemas de ejecución práctica.

## 2. El registro de dispositivos: concepto de dispositivo electrónico

El Capítulo VIII del Título VIII del Libro II regula el acceso a dispositivos de almacenamiento masivo de información en el contexto de una investigación (arts. 588 sexies a) a sexies c)). Por su parte, los artículos 588 septies a) a septies c) regulan los registros remotos sobre equipos informáticos.

Fernández-Gallardo[23] llama la atención sobre lo que considera una incoherencia de la LO 13/2015 a la hora de denominar a los dispositivos electrónicos afectados por esta regulación: por un lado utiliza el concepto de *dispositivo de almacenamiento masivo de información* como común denominador de toda la información electrónica a la que se puede tener acceso, y por otro lado, distingue a estos de los ordenadores y los instrumentos de comunicación telefónica o telemática, distinción que carecería de sentido en tanto en cuanto todos ellos son dispositivos de almacenamiento masivo de información: lo son los ordenadores y lo son los teléfonos móviles, especialmente los smartphones.

Asimismo, son dispositivos de almacenamiento masivo los discos duros, los pendrives o memorias USB, los Cds, los DVDs, los servidores, las tabletas, las agendas electrónicas y, en general, cualquier dispositivo con capacidad para albergar información en formato electrónico. Precisamente es la capacidad de estos dispositivos para albergar una ingente cantidad de datos personales de distinta naturaleza del investigado la que obliga a delimitar, no solamente respecto de qué dispositivo se autoriza el acceso, sino a qué contenido de este, pues no es lo mismo acceder a la agenda de contactos, que a las conversaciones de WhatsApp, que a las

[22] Art. 588 bis d). Paloma Arrabal se pregunta si se aperturan tantas piezas como medidas instructoras se adopten o basta con una pieza común para todas las diligencias que, según hace notar, permitiría un examen conjunto d ellas circunstancias que puede resultar más útil (Arrabal Platero, P. "Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español". Revista de Ciencias Sociales, nº 76 (2020), Universidad de Valparaíso, pág. 74).

[23] Fernández-Gallardo, J.A., "El acceso al entorno virtual del investigado", p. 181.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

fotografías, que a la carpeta de archivos, etc. De hecho, como veremos, el acceso a datos ajenos a los intereses de la investigación genera una situación que compromete los derechos del investigado más allá de lo legítimamente admitido y para la que, hoy en día, y respecto de los dispositivos electrónicos, no hay articulada una solución legal satisfactoria.

Por otra parte, estos dispositivos electrónicos no solamente dan acceso a los datos que se contienen en el propio dispositivo; muchos de ellos, además, son el medio de acceso a otros datos que se encuentran en lo que comúnmente denominamos *"la nube"*. El acceso a un ordenador o un smartphone puede ser también la puerta de acceso a los datos contenidos en un repositorio telemático: concretamente en servidores compartidos propiedad de terceros. Si el acceso debe restringirse al contenido del dispositivo en sí, o incluye el acceso a estos repositorios a los que se pueda llegar a través del dispositivo, deberá ser objeto también de acotación en el Auto habilitante.

La Circular 5/2019 de la FGE considera que los dispositivos de almacenamiento que se utilizan hoy día[24] *pueden agruparse en tres grandes categorías: dispositivos magnéticos (fundamentalmente, unidades de disco duro o HDD, del inglés Hard Disk Drive), dispositivos ópticos (CD, DVD o BD) y los dispositivos de memoria sólida o SSD (acrónimo inglés de solid–state drive) (tarjetas de memoria, memorias USB, etc.)*. Sin embargo, como a continuación se recuerda, la función de almacenamiento masivo de información también corresponde a los ordenadores y teléfonos, tabletas, cámaras fotográficas, GPS e incluso ciertos electrodomésticos de uso cotidiano que graban y almacenan información.

Finalmente, son también registros de dispositivos electrónicos los accesos remotos a que se refieren los artículos 588 septies a) a septies c), de los que la Circular 5/2019 de la FGE[25] destaca dos características que los diferencian: su clandestinidad y su dinamismo, al alargarse en el tiempo la medida (con resultados que van variando según lo que se encuentre en cada momento del acceso).

## IV. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACCESO Y REGISTRO: EL AUTO HABILITADOR

### 1. La autorización judicial: forma y contenido

El Auto que autorice cualquier medida de investigación tecnológica deberá contener[26], al menos, los siguientes extremos:

[24] Concepto temporal con grave tendencia a la obsolescencia, dada la progresión de los avances tecnológicos, en todo caso.
[25] P. 28.
[26] Art. 588 bis c).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a) El hecho punible objeto de investigación, calificación jurídica e indicios racionales en que se funde la medida (deberán ser más que sospechas, aunque menos que indicios suficientes para enjuiciamiento).
b) Identidad de los investigados y de cualquier otro afectado que se conozca (un problema práctico de ejecución es este acceso, a veces inevitable, a información privada de terceros).
c) La extensión y alcance de la inferencia (puede ser todo el dispositivo o parte de este, pues la cantidad de información que contienen estos dispositivos suele ser ingente), así como justificación de cumplimiento de los principios rectores.
d) La finalidad perseguida con la medida[27].
e) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, si se conoce, y su deber de colaboración y de guardar secreto, cuando procesa, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Hasta la LO 13/2015, la jurisprudencia consideraba amparado en el Auto autorizante de una entrada y registro domiciliario la incautación y acceso del material informático del investigado, sin necesidad de que esta autorización se hiciera explícita respecto de estos dispositivos. Así, por ejemplo, la STS 1235/2002[28], de 27 de junio (ponente D. Diego Ramos Cancedo) en la que se desestima la petición de nulidad de la diligencia de incautación y lectura de los mensajes de un teléfono móvil por los agentes actuantes en el marco de un registro domiciliario. Según razona la sentencia, refiriéndose a su vez a la doctrina formulada al respecto por el Tribunal Constitucional, la interferencia de la Policía en la comunicación recibida por el coacusado en su teléfono móvil se produjo una vez consumado el proceso comunicativo del mensaje y de que el destinatario de éste hubiera tomado conocimiento de su contenido, por lo que la injerencia policial posterior podrá afectar en el derecho a la intimidad del nº 1 del art. 18 CE, pero no al del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 invocado por el recurrente. Y habiéndose llevado a cabo en el seno de una entrada y registro en el domicilio de aquél autorizada por Auto del Juez de Instrucción, y siendo una medida prudente, necesaria, idónea, urgente, razonable, proporcionada en relación con las circunstancias, y concurriendo un fin constitucionalmente legítimo, dice la sentencia, no se incurre en nulidad alguna pues la invasión de la intimidad en tal caso queda exenta de previa autorización judicial.

La LO 13/2015 introduce la exigencia de autorización judicial específica para el acceso, en su caso incautación, y registro del contenido de dispositivos electrónicos, se encuentren o no en el domicilio, y haya o no auto

[27] Que entiendo no se cumpliría adecuadamente con el recurso a fórmulas genéricas que no incidan en el delito concreto que se está investigando.
[28] En similar sentido, SSTS 2809/2008, de 14 de mayo; 691/2009, de 5 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

habilitador del registro domiciliario en general[29].

La autorización se puede incluir en el Auto previo al registro, si se prevé que se vayan a encontrar este tipo de dispositivos que puedan contener información relevante para la investigación. O, si su hallazgo no era previsible, con una habilitación a posteriori.

Sigue siendo posible actuar por razones de urgencia. Si la Policía aprecia una situación de urgencia en relación con un interés constitucionalmente legítimo, puede proceder al acceso con petición de autorización en 24 horas.

También cabe el acceso remoto a datos que, aun no estando en el dispositivo, son accesibles través de este. Casi siempre en la nube, aunque también puede estar en una red local. El acceso a estos datos también requiere autorización explícita. Las empresas que prestan servicios de almacenamiento en la nube alojan los datos en servidores que pueden estar en cualquier parte del mundo; de hecho, la nube es una red global de servidores remotos que almacenan y procesan datos a través de internet[30]. Pero el usuario accede a la nube a través de un dispositivo concreto que asocia al servicio. De ahí que en ocasiones el acceso a un dispositivo lleve, a su vez, a la posibilidad de acceder a información alojada en la nube.

Otra posibilidad es el registro remoto del dispositivo o *hacking judicial*. Tampoco hay duda de que entra en la categoría de acceso y registro de un dispositivo, pues precisamente el objeto del hackeo es el contenido de este. Solo que se hace remotamente y sin conocimiento del investigado: introduciendo un troyano, con las claves, utilizando una *puerta trasera* facilitada por el fabricante[31], o con sistemas de identificación remota de las pulsaciones de las teclas (*keylogger*), por ejemplo. Para este acceso remoto el dispositivo ha de estar en funcionamiento y conectado a internet.

En las distintas clases de acceso se ven involucrados distintos derechos fundamentales y no hay necesariamente proporción entre las soluciones puramente técnicas y las distintas soluciones normativas. En el hacking judicial el acceso es tremendamente invasivo y sin embargo la medida no está supeditada a la gravedad de los hechos investigados, sino a la dinámica comisiva. No hay relación necesariamente: un delito de tenencia o/y distribución de pornografía infantil se comete a través de medios tecnológicos (al menos hoy en día), pero una estafa informática no conlleva igual desvalor y sin embargo, al ser un hecho cometido por

[29] No es pacífica la exigencia de referencia expresa en el Auto que autoriza un registro domiciliario para la incautación de los dispositivos que hallen los agentes. Sí lo será, en todo caso, para el acceso y registro de su contenido (Castillejo Manzanares, R. "Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 45, Sección Análisis Doctrinal, 1er trim. de 2.017, págs. 23-57.

[30] Fuente: plataforma "Azure" de Microsoft (2026).

[31] Hablar de IPhone.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

medios tecnológicos, podría dar lugar, teóricamente, a una medida de acceso remoto al smartphone de la persona investigada, afectando a todo su entorno digital, secreto de las comunicaciones incluido, hecho que ha sido ampliamente criticado desde el ámbito doctrinal[32]

En cuanto a la proporcionalidad, también la FGE en su Circular 5/2019 muestra su sorpresa por la ausencia de un límite penológico mínimo que sirva de umbral para la autorización[33].

En el caso del acceso remoto, si este acceso va a suponer la interceptación de comunicaciones, deberán aplicarse las exigencias y previsiones específicas para esta intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones; si no, se le aplicarán las propias del acceso remoto a dispositivos electrónicos.

La Circular 5/2019 de la FGE razona que, dada la multiafectación y trascendencia de los derechos afectados, la motivación del Auto habilitador deberá adaptarse a la previsión que pueda realizarse al respecto: *las exigencias de justificación se incrementarán en los casos en los que pueda presumirse la limitación de diversos derechos fundamentales (intimidad, secreto de las comunicaciones o protección de datos) o cuando, aun siendo solo uno el derecho afectado, se prevea de especial intensidad su afectación (por ejemplo, cuando se trate de datos pertenecientes al ámbito más exclusivo de la privacidad)*[34].

El principio de especialidad proscribe las investigaciones prospectivas (piénsese que del análisis total de un teléfono móvil se pueden extraer toda clase de informaciones sobre la vida de una persona): la investigación debe versar sobre un delito concreto y circunscribirse a los datos relacionados con el mismo. Deberá cumplirse también con los principios de excepcionalidad, idoneidad y necesidad.

El juicio de proporcionalidad habrá de ser, por tanto, estrictamente judicial y para ello se valorará, no solamente la gravedad del hecho, sino su medio comisivo. La proporcionalidad queda justificada cuando, por tratarse de un delito cometido con herramientas tecnológicas, para su investigación sea imprescindible el acceso a estos medios[35].

Rodríguez Laínz considera que sería conveniente el establecimiento de un listado de delitos para cuya investigación se permitiera la injerencia sobre contenidos o datos relacionados con las telecomunicaciones[36].

---

[32] Arrabal, Platero.

[33] P. 8.

[34] P. 7.

[35] STS n.º 811/2015, de 9 de diciembre.

[36] Rodríguez Laín, J.L., p. 31, "El art. 588 sexies c.4 de la LECrim frente a la nueva jurisprudencia del TEDH y TJUE sobre el examen policial de dispositivos telefónicos móviles". Diario LA LEY, nº 10644, Sección Doctrina, 15 enero 2025, LA LEY,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En el caso del acceso remoto, sí hay un listado tasado de delitos: delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación[37]. Para este tipo de accesos remotos a equipos informáticos, el Auto deberá cumplir unas exigencias complementarias[38]:

a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de estos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.
b) El alcance de esta, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.
c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos.
e) Las medidas precisas para la preservación de su integridad, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso.

El motivo de estas cautelas adicionales es que, como señala Beatriz Escudero[39], se trata de actuaciones muy agresivas que incluyen, por ejemplo, la instalación de un spyware que hackea el sistema a distancia y que permite acceder a datos, habilitar escuchas y grabaciones o descubrir contraseñas**.**

En cuanto a la realización de copias, el Auto deberá especificar si se autoriza un clonado o copia espejo (copia total bit a bit) o un volcado o copia lógica (parcial, de ciertos archivos o ficheros)[40]. En todo caso, la autorización judicial de copias del contenido del dispositivo es obligada, pues supone una invasión mayor que la del mero visionado[41].

## 2. Excepciones

El consentimiento del afectado ha sido señalado con claridad por la jurisprudencia como argumento

[37] Art. 588 septies a).
[38] Art. 588 septies a) 2.
[39] Escudero García-Calderón, B. "La investigación penal ante las nuevas tecnologías: reflexiones acerca de la "carga desproporcionada" y la "facilitación de información" en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero 2023, pág. 388.
[40] Fernández-Gallardo, J. A. "El acceso al entorno virtual del investigado". Revista Jurídica de Castilla y León, número 51 de junio 2.020, págs. 173-2023.
[41] Art. 588 sexies c).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

habilitante[42]. Sus problemas serán los propios de tal figura (capacidad, interpretación de actos que lo presuman, revocabilidad, etc.), no siendo suficiente a estos efectos la mera falta de oposición de la persona afectada.

Debe recordarse también lo dispuesto en el art. 588 sexies c): no está permitido compeler al investigado o detenido para que colabore (facilitando la contraseña, por ejemplo) y, si el afectado se encuentra detenido, su consentimiento deberá recabarse en presencia letrada.

En cuanto a dispositivos de usos compartidos (ordenador familiar, por ejemplo), el Tribunal Supremo ha establecido la posibilidad de que el consentimiento sea prestado por un usuario distinto del afectado (salvo conflicto de intereses). Así lo hizo en la STS 287/2017, de 19 de abril, en la que validó como prueba de cargo contra un padre el pendrive entregado por la madre en el que se contenían las fotografías de los abusos sexuales a la hija que la primera encontró por casualidad en el ordenador familiar. En esta sentencia, de la que también fue ponente Manuel Marchena, se hace hincapié en la falta de medidas de salvaguarda (contraseña, p.e.) de un espacio privado para cada miembro de la familia en dicho dispositivo.

Excepcionalmente, en caso de urgencia y necesidad (entendida como interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida) la policía judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado . La incautación se puede realizar en el marco de una diligencia de entrada y registro domiciliario, o simplemente en el de una detención, pero la habilitación no alcanza al examen del contenido del dispositivo incautado, que requiere de una nueva y específica autorización judicial si no estaba prevista (y justificada) ya en el Auto inicial. Por ello si, concurriendo la urgencia y la necesidad[43], se realiza ese análisis directo no amparado por un Auto, la policía deberá comunicarlo inmediatamente (y en todo caso en un plazo máximo de 24 horas), por escrito motivado al Juez competente haciendo constar esas razones de urgencia, y en qué ha consistido ese análisis, cómo se ha llevado a cabo y el resultado (art. 588 bis sexies c ap. 4). El Juez revocará o confirmará la medida en Auto igualmente motivado en el plazo de 72 horas.

Como nos hace notar Rodríguez Lainz, el legislador ha escogido cuidadosamente las palabras para delimitar el alcance del permiso que el apartado 4 del artículo 588 sexies c) otorga a la policía: será únicamente *el*

[42] Debe recordarse aquí la STC 173/2011, ya analizada: "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado".

[43] Un ejemplo podría ser el de la incautación de un dispositivo en el marco de una investigación por terrorismo en el que se temen acciones inminentes; se suele citar también la sospecha de que el afectado pueda bloquear o borrar el contenido del dispositivo, pero en mi opinión no será siempre justificación suficiente para omitir la autorización judicial previa, pues ese temor deberá ponerse en relación con la gravedad del delito investigado y la relevancia de los datos objeto de acceso para su investigación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*examen directo* lo que le estará permitido, lo cual excluye herramientas de recuperación de información o técnicas de análisis más sofisticadas[44].

### 3. La admisibilidad de la prueba transnacional: La "doctrina *EncroChat*"

*EncroChat* fue un sistema de comunicaciones encriptadas que se introducía en teléfonos móviles modificados para no poder ser localizados ni intervenidos, con contraseñas reforzadas y utilidades de borrado automático. Estos teléfonos no se vendían en el mercado, sino a través de revendedores opacos, mediante contacto directo o recomendado, pagándose con criptomonedas o en efectivo. Como es de imaginar, eran mayoritariamente utilizados en el ámbito del crimen organizado, hasta el año 2.020, en que el negocio fue desmantelado tras una investigación de la policía francesa, que incluyó una masiva interceptación de comunicaciones autorizadas por órganos judiciales de dicho país. Se obtuvieron y analizaron más de cien millones de datos[45], parte de los cuales pertenecían a usuarios españoles y terminaron constituyendo prueba de cargo en un procedimiento judicial español, tras ser remitidas al mismo por las autoridades francesas en virtud de una Orden Europea de Investigación solicitada por nuestra fiscalía[46]. Tras sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional (dictada el 30 de mayo de 2.024), se interpuso por las defensas recurso de casación alegando, entre otros motivos[47], vulneración del secreto de las comunicaciones al tratarse de una investigación no autorizada por la autoridad judicial española. La sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 4526/2025 de 16 de octubre resuelve:

- Que el Ministerio Fiscal está legitimado para emitir la OEI de entrega del disco duro (trasladado por la UCO desde dependencias policiales francesas) que contenía las comunicaciones obtenidas por las autoridades francesas a través de *EncroChat*, ex art. 588 bis i) y 579 bis de la LECr y el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 26 de mayo de 2009, sobre habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, y a los art. 773.2 de la LECr, y finalmente en virtud del art 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Que la OEI se emite en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal que se refiere el artículo 82 TFUE, apartado 1 y por tanto se basa en la confianza mutua y en la presunción iuris tantum de que los

[44] Rodríguez Lainz, p. 35.

[45] Larrosa Ibáñez, https://idibe.org/tribuna/el-valor-probatorio-de-los-mensajes-encriptados-a-traves-del-sistema-encrochat-sentencia-del-tribunal-supremo-de-16-de-octubre-de-2025

[46] Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, transpuesta al derecho español por la Ley 3/2018, de 11 de junio por la que se modifica la Ley 23/2014 admite dos clases de OEI: la de obtención de pruebas en otro país europeo, y la de transmisión de pruebas obtenidas en otro país (Larrosa Ibáñez).

[47] Como el de constituir investigación prospectiva, que se rechazó.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Estados de la Unión respetan los derechos fundamentales.

- Que la interceptación de las comunicaciones de *EncroChat* se realizó conforme a la legislación penal y procesal francesa para determinados delitos pero, aunque no se corresponda con nuestras garantías, no debe indagarse en la legislación de otro Estado: se debe estar al cumplimiento de las garantías en el país en que se han obtenido las pruebas.
- En cuanto al incumplimiento por las autoridades francesas del deber de notificación de la afectación de una investigación a ciudadanos españoles[48] la Sentencia la considera una mera irregularidad con efectos de nulidad, a lo sumo, de la prueba obtenida con indefensión de la persona afectada.
- En cuanto a su valor probatorio, les atribuye la condición de indicio corroboratorio y no de prueba de cargo suficiente por sí misma, habiendo muchas otras en el procedimiento.

Concluyendo, cabe la incorporación de pruebas obtenidas mediante métodos de investigación tecnológica en otro país firmante de la Directiva, en base al principio de confianza mutua y siempre que cumplan con los estándares del país de obtención.

## V. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN

### 1. Cuestiones tecnológicas

Una de las cuestiones que plantean problemas prácticos es el del alcance del registro. Como a nadie se le escapa, en un teléfono móvil o en un ordenador se contienen toda clase de información: historial de navegación y búsquedas, información de rutas de Google Maps, conversaciones de aplicaciones de mensajería, correos electrónicos, mensajes directos de redes sociales, fotografías, vídeos...pero no todas tienen relación con el concreto delito que se está investigando, sin que la búsqueda de toda clase de información que el dispositivo pueda contener quedé justificada bajo el paraguas del concepto de "hallazgo casual". Debe delimitarse la búsqueda, pero ello plantea cuestiones prácticas de ejecución.

Rodríguez Lainz[49] remite a la STEDH de 3 de septiembre de 2.015 en la que se dispone el uso de palabras clave de motores de búsqueda como una forma de realizar un cribado del contenido total del dispositivo, -en el registro de un despacho de abogados por un asunto relacionado con corrupción política-, y un segundo cribado de la información copiada, ya sometido a contradicción. Como el autor razona, de la forma en que se discrimine

[48] Notificación exigida por el art. 31 de la Directiva.

[49] Rodríguez Lainz, J.L. "El art. 588 sexies c.4 de la LECrim frente a la nueva jurisprudencia del TEDH y TJUE sobre el examen policial de dispositivos telefónicos móviles". Diario LA LEY, nº 10644, Sección Doctrina, 15 enero 2025, LA LEY, p. 8.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el alcance real del examen del dispositivo dependerá el cumplimiento del principio de proporcionalidad[50] y propone una suerte de listado que cumpliría para una investigación ordinaria: lista de contactos en agenda, confirmación de llamadas emitidas o recibidas, descritas por la víctima o presunto autor, constatación de concreto material o contenido de mensajes que se imputan ha emitido, recibido o compartido la persona investigada o un tercero relacionado con ésta,…); considerando que otros accesos que comprometieran dicho nivel de superficialidad realmente podrían poner en riesgo el acceso a rasgos de la personalidad de las personas afectadas por la medida, por lo que deberían considerarse desproporcionados frente a la finalidad pública perseguida.

La copia puede consistir en volcado o clonado (copia bit a bit), o copia lógica (copia selectiva de ciertas carpetas o ficheros). En el primer caso la imagen será idéntica a la original y deberá ser firmada digitalmente (función hash). La Circular de la FGE considera recomendable que la copia lógica (es decir, parcial) se realice en presencia del Letrado de la Administración de justicia[51].

Otro problema que requiere de soluciones tecnológicas es el de afectación de derechos de terceros. Si ya es problemática la posibilidad de que la autorización judicial incluya la afectación del entorno virtual de terceras personas[52], a ello se añade la dificultad para evitar que el acceso a este entorno de un tercero que no esté autorizado acabe incluido entre los datos a que tienen acceso los agentes encargados de la investigación, el tribunal y las partes.

### 2. La identificación del dispositivo y el aseguramiento de los datos

Otra cuestión relacionada con esta es la de la identificación del propio dispositivo y aseguramiento de la cadena de custodia para asegurar así mismo la integridad de los datos. El dispositivo puede ser incautado por la policía con ocasión de una detención, o ser incautado en el marco de un registro domiciliario, o ser incautado directa y específicamente por orden del juez instructor. Las medidas que deban adoptarse para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación son parte del contenido obligado del Auto habilitador[53].

La correcta identificación y el precinto de lo incautado son elementales precauciones al efecto. Pero no

[50] Rodríguez Laina, J.L., p. 22. y ss.

[51] Circular FGE, p. 14. Presencia sobre cuya utilidad en el proceso de volcado o clonado el propio Tribunal Supremo muestra cierto escepticismo en diversas resoluciones, por su naturaleza técnica (SSTS 342/2013; 187/2015 o 1599/1999).

[52] Fernández-Gallardo lo niega pues entiende (discrepando así de las conclusiones de la Circular 5/2019 de la FGE) que no hay habilitación legal para ello (Fernández-Gallardo, J. A. "El acceso al entorno virtual del investigado". Revista Jurídica de Castilla y León, número 51 de junio 2.020, pág. 188).

[53] Sin perjuicio, y en realidad en previsión, del derecho de la defensa a cuestionar esta integridad encargando su propio dictamen pericial al efecto.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

debemos olvidar que estamos ante dispositivos electrónicos, cuyo contenido es digital y por tanto alterable por medios tecnológicos. Habrá de asegurarse que esta alteración no se pueda producir. El código hash[54] es, en estos casos, una vía de identificación del contenido que resulta imprescindible.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 588 sexies c) prevé que la incautación física del dispositivo pueda resultar demasiado gravosa[55], por ser utilizada en el día a día por el propietario o usuario (bien para su trabajo, bien para su vida personal). En estos casos la cautela deberá dirigirse a la correspondencia de las copias que necesariamente hayan de realizarse (totales o parciales), con el original.

Otro problema práctico se plantea ante la posibilidad de acceder remotamente a otros sistemas informáticos desde el dispositivo objeto de registro (información almacenada en la nube, banca electrónica, redes sociales, servidores de correo electrónico...). La autorización judicial debe extenderse al acceso a estos sistemas. En algunos casos son sistemas ajenos. La Ley de Enjuiciamiento Criminal[56] autoriza expresamente este acceso siempre que cumpla con la autorización judicial y el acceso lícito sea posible. El problema se plantea cuando estos servidores están físicamente ubicados fuera de los límites de la jurisdicción del juez[57]. El legislador lo ha resuelto considerando que lo relevante es que el acceso se hace desde España. En el caso del acceso remoto, la dificultad deriva de no poder situar el acceso en España, por lo que el juez deberá buscar una vinculación con el territorio nacional[58].

Con carácter previo a la autorización judicial el artículo 588 octies permite que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial requieran *a cualquier persona física o jurídica la conservación y protección de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial correspondiente para su cesión (...)*. durante un periodo máximo de noventa días prorrogable una sola vez.

### 3. La cuestión de la obligación de colaboración. Contenido y límites

Esta obligación puede provenir de la dificultad de acceder a los datos que se precisa obtener, bien por su volumen, bien por su nivel de protección. Pueden ser personas con los conocimientos técnicos necesarios o, simplemente, personas que, por las razones que fueran, tuvieran las contraseñas de acceso, o el propio

54 Huella digital matemática que identifica un conjunto de datos.

55 Excepto que haya razones para que sea el propio soporte el que se incaute, como por ejemplo si es el instrumento del delito investigado.

56 Art. 588 sexies c.3

57 O están en varias ubicaciones, o se desconoce la misma.

58 El sistema informático en España, el investigado en nuestro territorio, etc. (Circular 5/2019 de la FGE, p. 29).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

fabricante del dispositivo.

Además de las exenciones lógicas (el propio investigado y los familiares a que se refiere el art. 416.1[59] LECr, y los abogados afectados por el secreto profesional), el art. 588 sexies c.5 prevé una limitación objetiva: que la obligación imponga, en la práctica, una *carga desproporcionada*[60] al obligado, expresión que plantea los problemas interpretativos propios de los conceptos indeterminados.

Esta excepción no opera, en cambio, en el caso del acceso remoto a equipos informáticos, lo cual plantea el problema de la posible colisión de este deber con otros deberes legales o con derechos fundamentales del obligado a colaborar. Además, se amplía el arco de los obligados, al incluir, para este caso, a los prestadores de servicios o titulares/responsables de sistemas de comunicación o del sistema informático o base de datos objeto de registro que, además, pueden ser obligados a una colaboración más activa que la de, simplemente, facilitar datos[61]: acceso al sistema o asistencia para que se puedan examinar los datos, todo ello, por supuesto, bajo obligación de silencio respecto de la colaboración prestada y con una duración máxima de un mes, prorrogable por meses hasta tres meses.

Este deber de colaboración no ha estado exento de resistencias. Como recuerda Beatriz Escudero, el problema es que una empresa extranjera[62] no tiene por qué sentirse obligada por un tribunal español (y cita a Apple, que se ha negado a facilitar al FBI una *puerta trasera* de acceso a sus dispositivos, aunque sí accede a facilitar datos almacenados en la nube, y que previsiblemente daría la misma respuesta a un juez español, acogiéndose a la excepción de la "carga desproporcionada").

### 4. El problema de delimitación del contenido revelado. El "expurgo" como vacío legal

Fernández-Gallardo[63] sitúa el derecho de las partes a acceder a los datos en el momento posterior a la realización de un expurgo de datos innecesarios que, sin embargo, la Ley no prevé expresamente. Se da el problema, además, de la dificultad técnica para separar de, entre lo que puede ser una cantidad ingente de información (piénsese en la que contiene, simplemente, un smartphone), la relevante para el proceso. Existen,

---

59 Regulador de la dispensa del deber de declarar por razón de parentesco.

60 Se apunta en la Circular 5/2019 de la FGE que se trataría de una remisión al art. 19.4 del Convenio sobre el Cibercrimen, que utiliza el concepto equivalente de la razonabilidad (obligación de facilitar la información necesaria, dentro de lo razonable (p. 27).

61 Art. 588 septies b).

62 Escudero García-Calderón, B. "La investigación penal ante las nuevas tecnologías: reflexiones acerca de la "carga desproporcionada" y la "facilitación de información" en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero 2023, pág. 383 y ss., citando así mismo a otros autores que así lo señalan.

63 Fernández-Gallardo, J. A. "El acceso al entorno virtual del investigado". Revista Jurídica de Castilla y León, número 51 de junio 2.020, págs. 173-2023.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

sin embargo, medios para realizar este expurgo que es de prever que la inteligencia artificial hará progresivamente más preciso: ya hoy en día existen programas que separan la información mediante la utilización de palabras clave, por ejemplo. El juez se debe asegurar, mediante la correspondiente resolución, de que se vela por esta separación.

Santos Martínez[64] se pregunta, en cuanto a la intervención de las comunicaciones (en un razonamiento extrapolable al registro de dispositivos) si cabría que la parte afectada pudiera solicitar la eliminación definitiva de la parte de las grabaciones o datos que no resulten relevantes. En todo caso, recientes resoluciones judiciales incorporan previsiones para evitar el descontrol en el acceso de las partes (y, posteriormente, de los medios) a datos que, no habiéndose expurgado previamente por los agentes de la policía judicial encargados de la investigación, resultan irrelevantes para el esclarecimiento de los hechos[65]. El carácter altamente sensible de muchos de estos datos exigiría una regulación precisa del proceso de incorporación, acceso de las partes y expurgo de los no imprescindibles.

## VI. CONCLUSIONES

**1º.** La regulación de este tipo de diligencias de investigación responde a una necesidad que se corresponde con una realidad nueva: el posicionamiento de la tecnología en el centro de nuestras vidas, que implica, por un lado, que muchos delitos se cometen con intervención de medios tecnológicos; y, por otro, que la investigación criminal dispone de nuevas herramientas que, por ser altamente invasivas de derechos fundamentales, exigían una regulación específica y clara que delimitara sus requisitos y límites.

**2º.** El listado de derechos fundamentales afectados por estas diligencias tecnológicas, que nominalmente se remite a los tradicionales reconocidos en el artículo 18 de la Constitución debe entenderse ampliado a los de nuevo cuño y denominación, agrupados bajo el concepto genérico de "derecho al entorno virtual".

**3º.** Esta afectación del derecho al entorno virtual ha requerido el diseño legal de una autorización judicial habilitante con requisitos específicos y un contenido mínimo obligatorio, que abarque las distintas fases del acceso, así como los registros ampliatorios, las copias o clonados) así como cautelas especiales para la conservación de la integridad de los datos obtenidos y la preservación de la cadena de custodia.

---

64 - Santos Martínez, A.M., "Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal", Ed. Bosch, 2017, p. 160.

65 Recientemente, en el marco de las diligencias de investigación al expresidente del gobierno José Luis Rodríguez Zapatero, el instructor, D. José Luis Calama Teixeira, en Auto de 3 de julio de 2.026 de la plaza nº 4 de la sección de instrucción del tribunal central de instancia, ha dispuesto que *los anexos que se incorporen a sus informes se limiten estrictamente a los hechos a los que estos hagan referencia, evitando la inclusión de información inadecuada o irrelevante para el objeto del procedimiento, así como de datos personales ajenos a los hechos investigados.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**4º.** Como medida que involucra cuestiones tecnológicas y contenido digital (no físico), presenta desafíos específicos respecto de la identificación, correcto copiado y aseguramiento de la integridad de los datos.

**5º.** Así mismo, presenta problemas no resueltos por la legislación respecto de las medidas a adoptar para evitar la divulgación de datos especialmente sensibles en cuanto pertenecientes al ámbito de la intimidad pero también en cuanto reflejo de la personalidad de la persona afectada, se trate del investigado o de terceros.

**6º.** La obligación legalmente prevista de colaboración de terceros para acceder a estos datos plantea dilemas en torno a sus límites: hasta dónde se puede obligar a colaborar, en qué puede llegar a consistir dicha colaboración, y cómo opera exactamente la excepción de la carga desproporcionada.

**7º.** El carácter virtual de los datos y su gestión en muchas ocasiones transnacional, ha generado igualmente cuestiones relativas a la aceptación del resultado de diligencias de investigación realizadas en el extranjero como prueba preconstituida válida para el ordenamiento jurídico español.

**8º.** En conjunto, la relativamente nueva legislación ha venido a suplir con suficiente eficacia un vacío legal reiteradamente denunciado por los tribunales, aportando seguridad jurídica a unas diligencias que, por la alta afectación de derechos fundamentales implicados, requería un abordaje preciso y cuidadoso, sin perjuicio del margen de mejora y actualización que, por su naturaleza, este tipo de investigación siempre exigirá.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Arrabal Platero, P. "Las diligencias de investigación tecnológica en el proceso penal español". Revista de Ciencias Sociales, nº 76 (2020), Universidad de Valparaíso.

Armenta Deu, Teresa. "Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre", Revista de Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya, septiembre de 2.018.

Castillejo Manzanares, R. "Alguna de las cuestiones que plantean las diligencias de investigación tecnológica". Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 45, Sección Análisis Doctrinal, 1er trim. de 2.017.

Escudero García-Calderón, B. "La investigación penal ante las nuevas tecnologías: reflexiones acerca de la "carga desproporcionada" y la "facilitación de información" en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero 2022.

Fernández-Gallardo, J. A. "El acceso al entorno virtual del investigado". Revista Jurídica de Castilla y León,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

número 51 de junio 2.020.

Larrosa Ibáñez, Ivana María, "El valor probatorio de los mensajes encriptados a través del sistema "*EncroChat*: Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2025", https://idibe.org/tribuna/el-valor-probatorio-de-los-mensajes-encriptados-a-traves-del-sistema-encrochat-sentencia-del-tribunal-supremo-de-16-de-octubre-de-2025 (publicación consultada el 28 de julio de 2.026).

López Causapé, E. "Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre. Referencia a las disposiciones comunes", López Causapé, Eduardo, Boletín Digital AJFV Penal, julio de 2.016 de la Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria.

López-Barajas Perea, Inmaculada. "Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación penal: el registro de equipos informáticos", Revista de Internet, Derecho y Política, Universitat Oberta de Catalunya, febrero de 2.017.

Lucas Murillo de la Cueva, P. "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales". Azpilicueta: cuadernos de derecho, nº 20, 2008.

Ocón García, J. de la C. "Derecho a la intimidad y registro de dispositivos informáticos: a propósito del asunto Trabajo Rueda C. España". Revista Española de Derecho Constitucional, año nº 38, nº 113, 2.018.

Rodríguez Lainz, J.L. "El art. 588 sexies c.4 de la LECr frente a la nueva jurisprudencia del TEDH y TJUE sobre el examen policial de dispositivos telefónicos móviles". Diario LA LEY, nº 10644, Sección Doctrina, 15 enero 2025, LA LEY.

Ruiz Legazpi, A. (2014). "Derecho a la intimidad y obtención de pruebas: el registro de ordenadores (*incoming* de Emule) en la STC 173/2011". Revista Española de Derecho Constitucional, número 100, enero-abril (2014).

Santos Martínez, A.M., "Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal", Ed. Bosch, 2017.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LA ENTRADA VIRTUAL DE DRONES Y CÁMARAS EN LUGARES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS

*María Jesús Hermoso Ayuso*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Alcance y contenido. 1. Drones. 2. Balizas. III. Lugares que gozan de la protección constitucional del art. 18.2 CE. 1. El domicilio. La STS 329/2016, de 20 de abril, Sentencia de los prismáticos. 2. Urbanizaciones Cerradas. 3. Garajes. 4 Trasteros. 5. Fincas. 6. Espacios o lugares públicos. 7. Comercios. 8. Naves industriales. IV. Las imágenes de drones y cámaras como prueba electrónica V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico experimentado en las últimas décadas ha transformado profundamente nuestra sociedad y también la forma en la que se investigan los delitos. Nos encontramos ante una realidad en la que las nuevas tecnologías están presentes tanto en la actividad delictiva como en las técnicas utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para descubrir los hechos y obtener pruebas.

La delincuencia ha ido incorporando herramientas tecnológicas cada vez más sofisticadas, como teléfonos y sistemas de comunicación cifrados, dispositivos de geolocalización o medios informáticos. Esta evolución obliga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a complementar las técnicas tradicionales de investigación con otras nuevas que permitan hacer frente a formas de criminalidad cada vez más complejas, adquiriendo especial importancia los sistemas destinados a la captación de imágenes, entre los que destacan las cámaras y los drones.

Estos instrumentos permiten realizar seguimientos, controlar movimientos, identificar personas, localizar efectos del delito y obtener información relevante para el esclarecimiento de los hechos.

Sin embargo, la utilización de estos medios tecnológicos puede afectar directamente a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Entre ellos destacan el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, todos ellos recogidos fundamentalmente en el artículo 18 de la Constitución.

La utilización de la tecnología en la investigación criminal plantea, por tanto, una cuestión esencial: determinar hasta dónde puede llegar la actuación policial sin vulnerar los derechos fundamentales de las personas investigadas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta cuestión ha adquirido especial importancia porque la tecnología permite actualmente realizar una especie de "entrada virtual" en determinados espacios sin necesidad de acceder físicamente a ellos. Así, mediante prismáticos, cámaras, teleobjetivos, drones u otros dispositivos puede llegar a conocerse lo que ocurre en el interior de un domicilio o en espacios reservados a la vida privada.

La jurisprudencia ha tenido que adaptar los conceptos tradicionales de intimidad y domicilio a esta nueva realidad tecnológica. En este sentido, resulta especialmente importante la **STS 329/2016, de 20 de abril**[1]**,** conocida como la sentencia de los prismáticos, que reconoce que la protección constitucional del domicilio puede verse afectada no solo mediante una entrada física, sino también mediante una observación realizada desde el exterior utilizando medios técnicos.

Asimismo, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, supuso una modificación esencial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al introducir una regulación específica de las medidas de investigación tecnológica.

Entre estas medidas se encuentran la interceptación de comunicaciones, la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, la captación de imágenes, el registro de dispositivos electrónicos, el registro remoto de equipos informáticos y otras técnicas de investigación.

Por tanto, el uso de drones y cámaras debe realizarse respetando los principios de legalidad, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y teniendo siempre en cuenta la naturaleza del espacio en el que se realiza la captación.

## II. ALCANCE Y CONTENIDO

### 1. Drones

Se entiende por dron o UAS (*Unmanned Aircraft System*) toda aeronave no tripulada que se controla de forma remota dotada normalmente de cámaras de alta resolución, zoom óptico, y en ocasiones de sensores térmicos o de visión nocturna. La Real Academia Española los define como aeronave no tripulada, y la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, en su artículo 11 establece que son aeronaves: b) Cualquier máquina no tripulada que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones de esta contra la superficie de la tierra y opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo.

[1] STS 329/2016, de 20 de abril, Sala Segunda, de lo Penal, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, recurso 1789/2015.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El régimen jurídico del dron como instrumento de investigación penal presenta una doble vertiente que no debe confundirse:

- Una vertiente **administrativa o aeronáutica**, relativa a la seguridad del vuelo y a las condiciones de operación del aparato, regulada por el Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, y por la normativa europea de referencia (Reglamento (UE) 2018/1139; Reglamento Delegado (UE) 2019/945; Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).
- Una vertiente **procesal-penal**, relativa a la licitud de la captación de imágenes como medio de investigación, que se rige por la LECr (fundamentalmente, el art. 588 quinquies a, cuando la captación de imágenes se produce en un lugar o espacio público, sin necesidad de autorización judicial, o el art. 588 quater a, cuando el dron o cámara grabe comunicaciones orales directas, en los que se necesita autorización judicial).

En el ámbito de la investigación criminal, estos aparatos presentan una gran utilidad porque permiten realizar labores de vigilancia, seguimiento y observación desde el aire, incluso en lugares que pueden resultar difíciles de controlar mediante los métodos tradicionales. Además, permiten obtener imágenes a distancia y pueden utilizarse para localizar personas, vehículos, plantaciones, bienes, efectos del delito u otros elementos relevantes para una investigación. El hecho de que un dron pueda desplazarse por el aire no significa que pueda utilizarse para observar cualquier lugar. Cuando la cámara del aparato permite acceder visualmente al interior de una vivienda o de otro espacio protegido constitucionalmente, la situación cambia completamente. En estos casos puede producirse una intromisión virtual en el domicilio, aunque los agentes permanezcan físicamente fuera de él.

Esta cuestión resulta especialmente importante a partir de la STS 329/2016, de 20 de abril, que analizaremos posteriormente. La jurisprudencia más reciente también ha examinado la utilización de drones en espacios particulares. En determinados supuestos se ha considerado legítima la utilización puntual de un dron cuando su finalidad era simplemente determinar la ubicación exacta de un inmueble o comprobar determinados elementos exteriores, siempre que no se produjera una vigilancia prolongada ni se accediera visualmente al interior del domicilio.

Por tanto, para determinar si el uso de un dron es lícito hay que analizar las circunstancias concretas de cada actuación y, especialmente: el lugar sobre el que se realiza la captación, el objetivo perseguido, la duración de la vigilancia, el contenido de las imágenes, la existencia de indicios previos y la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 2. Cámaras

Bajo esta rúbrica se agrupa un conjunto heterogéneo de dispositivos: cámaras fijas de videovigilancia, cámaras móviles portadas por agentes, sistemas de reconocimiento de matrículas, cámaras corporales (*body-worn cameras*), cámaras ocultas y, por extensión analógica reconocida por la propia jurisprudencia, instrumentos ópticos de aproximación como los prismáticos o los teleobjetivos.

El régimen jurídico aplicable a las cámaras varía sensiblemente en función de quién las instala y con qué finalidad:

- **Cámaras instaladas por las FCSE en la vía pública con fines generales de seguridad ciudadana** (no vinculadas a una investigación penal concreta): se rigen por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 596/1999, de 16 de abril.
- **Cámaras utilizadas por la Policía Judicial en el marco de una investigación penal concreta**: se rigen por la LECr (arts. 588 quinquies a o 588 quater a, según el lugar en que se capten las imágenes).
- **Cámaras instaladas por particulares, comunidades de propietarios o comercios**: quedan al margen de la LECr y se rigen por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y por la normativa de protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679 y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre).
- **Cámaras de seguridad privada**: se rigen adicionalmente por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

Esta distinción resulta esencial porque, conforme aclara la Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado (conclusión 2ª), quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 588 quinquies a LECr las captaciones y grabaciones reguladas en la LO 1/1982, en la LO 4/1997 y en la Ley 5/2014, así como las obtenidas por particulares; estas imágenes, no obstante, pueden incorporarse como prueba a un proceso penal sin necesidad de autorización judicial previa para su captación, sin perjuicio del control judicial sobre su incorporación y valoración, y del cumplimiento por parte de quien las obtuvo de sus propias obligaciones normativas (señalización, deber de información, etc.).

Su importancia deriva de que permiten registrar imágenes de personas, vehículos, movimientos y acontecimientos que posteriormente pueden utilizarse para identificar a los responsables de un delito o confirmar determinados hechos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Las imágenes pueden proceder de diferentes fuentes. Entre ellas se encuentran las cámaras utilizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, las cámaras destinadas al control del tráfico, los sistemas de videovigilancia de establecimientos comerciales y las cámaras de seguridad instaladas en bancos, gasolineras, estaciones, aeropuertos o recintos deportivos. También pueden utilizarse las imágenes obtenidas por sistemas privados de seguridad y aquellas grabaciones realizadas espontáneamente por particulares o medios de comunicación cuando hayan registrado hechos relevantes para una investigación.

Por tanto, las grabaciones obtenidas mediante cámaras pueden convertirse en una fuente de prueba especialmente importante. No obstante, debe determinarse siempre **dónde está instalada la cámara y qué espacio está captando**. No es lo mismo una cámara que graba una calle o una plaza pública que otra que permite observar el interior de una vivienda. En el primer caso existe una expectativa de privacidad mucho menor. En el segundo, nos encontramos ante un espacio especialmente protegido por el artículo 18 de la Constitución.

La jurisprudencia ha admitido en diferentes ocasiones la incorporación al procedimiento penal de grabaciones procedentes de cámaras de seguridad sin necesidad de autorización judicial, especialmente cuando se trata de establecimientos abiertos al público. No obstante, la utilización de estas imágenes debe respetar la normativa aplicable y los derechos fundamentales de las personas afectadas.

## III. LUGARES QUE GOZAN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ART. 18.2

El artículo 18.2 de la Constitución establece que: “El domicilio es inviolable”.

Esto significa que ninguna persona puede entrar o registrar un domicilio sin consentimiento de su titular, resolución judicial o, en los casos previstos constitucionalmente, flagrante delito. Pero la protección constitucional no se limita exclusivamente a impedir que una persona entre físicamente en una vivienda. También puede existir una vulneración cuando, desde el exterior, se consigue conocer lo que sucede dentro mediante instrumentos tecnológicos.

Esto es lo que se denomina intromisión o entrada virtual. La evolución de la tecnología ha hecho posible que los investigadores puedan obtener información del interior de espacios privados sin necesidad de entrar físicamente en ellos. Por ello, la protección constitucional debe interpretarse teniendo en cuenta las posibilidades actuales de la tecnología. Frente a ello la casuística jurisprudencial da respuesta a la cuestión acerca de qué lugares gozan de la protección constitucional que ofrecen los *apartados 1 º* y *2º del art. 18.2 de la CE* . Son éstos los que van a exigir, para la captación de imágenes, la autorización contenida en una resolución judicial motivada. La protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria -como recuerda de modo

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

insistente la jurisprudencia- se residencia de manera exclusiva en el domicilio, esto es, en la morada en la que el investigado desarrolla su propia actividad vital y que, precisamente por ello, genera una expectativa de privacidad que cuenta con la tutela constitucional. En consecuencia, la toma de imágenes del investigado en lugares o espacios públicos -incluyendo aquí, con carácter general, todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el *art. 18.2 de la CE* a la inviolabilidad domiciliaria o por el art. 18.1 a la intimidad- podrá ser decidida por propia iniciativa de los agentes de policía.

No resulta fácil obtener unas reglas precisas, con vocación de generalidad y susceptibles de una rígida aplicación que orille las singularidades de cada caso concreto.

## 1. El domicilio. La relevancia de la STS 329/2016, de 20 de abril. Sentencia de los prismáticos

La STS 329/2016, de 20 de abril,[2] (ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez), es fundamental para comprender los límites de la captación de imágenes por drones y cámaras desde el exterior de un domicilio y constituye el punto de partida obligado de cualquier análisis sobre esta materia, hasta el punto de que su doctrina ha sido invocada, casi diez años después, para resolver el primer supuesto de uso de un dron en la investigación penal (STS 797/2025).[3]

La sentencia analiza un supuesto en el que agentes policiales utilizaron prismáticos para observar lo que estaba sucediendo en el interior de una vivienda. El problema consistía en determinar si la actuación policial vulneraba el artículo 18.2 de la Constitución. El Tribunal Supremo consideró que sí existía una afectación del derecho fundamental.

La cuestión esencial no era que los agentes hubieran entrado físicamente en la vivienda, porque no lo hicieron. Lo relevante era que utilizaron un instrumento óptico para conseguir una visión del interior que no habrían podido obtener de la misma forma sin dicho instrumento. El Tribunal Supremo entiende que la protección del domicilio debe abarcar también estas situaciones.

De lo contrario, bastaría con sustituir la entrada física por un dispositivo tecnológico para poder acceder a la información protegida por el artículo 18.2 CE. La sentencia, por tanto, reconoce la existencia de una intromisión virtual. Este criterio resulta especialmente importante en relación con los drones. Un dron equipado con una cámara puede situarse en una posición desde la que permita observar el interior de una

[2] STS 329/2016, de 20 de abril, cit.

[3] STS 797/2025, de 2 de octubre, Sala Segunda, de lo Penal, ROJ: STS 4225/2025, ECLI:ES:TS:2025:4225, recurso 10005/2025, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

vivienda, un patio o una zona privada. En estos casos, aunque el dron permanezca fuera del domicilio, puede estar produciéndose una verdadera injerencia en la intimidad y en la inviolabilidad domiciliaria.

**Los hechos.** En el curso de una investigación por tráfico de drogas, agentes de policía, apostados en un inmueble próximo, observaron con unos prismáticos, a través de una ventana, cómo en el interior del domicilio del principal acusado - situado en un décimo piso - se manipulaba una sustancia de aspecto marronáceo. La Audiencia Provincial de Ourense había considerado válida esa observación al entender que los moradores no habían colocado obstáculo alguno (cortinas o persianas) que impidiera la visión desde el exterior.

**La doctrina.** El Tribunal Supremo revocó la condena y absolvió a los acusados por nulidad de la prueba de cargo. Los fundamentos de esta decisión, que han marcado toda la jurisprudencia posterior, pueden resumirse así:

- La tutela constitucional del art. 18.2 CE protege tanto frente a la irrupción física del intruso en el domicilio como frente a la observación clandestina de lo que en él acontece, cuando para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o de aproximación de las imágenes: la injerencia domiciliaria puede ser, pues, tanto física como **virtual**.
- No cabe entender que el hecho de no haber corrido las cortinas o bajado las persianas comporte una autorización implícita para la observación del interior de la vivienda: la expectativa de intimidad no desaparece porque el titular de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión frente a terceros.
- Se vulnera la prohibición del art. 18.2 CE cuando, sin autorización judicial, se recurre a un instrumento óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado, sorteando así los obstáculos propios de la tarea de fiscalización.
- Aunque los prismáticos no permiten grabar imágenes - y por ello no encajaban literalmente en la letra de los entonces recién estrenados arts. 588 quater a y 588 quinquies a LECr -, la intromisión en la intimidad domiciliaria puede revestir idéntica intensidad cuando un agente narra como testigo lo que observó valiéndose de anteojos que cuando se aportan al proceso imágenes grabadas; el criterio decisivo es, por tanto, la intensidad de la injerencia y no la existencia o no de un soporte de grabación.
- De forma singularmente premonitoria, la Sala advirtió que la revolución tecnológica ofrece instrumentos de intrusión cada vez más sofisticados que obligan a una interpretación funcional del art. 18.2 CE, citando expresamente la existencia de los drones - cuya operación a distancia permite, señaló, una capacidad prácticamente ilimitada de intromisión en recintos domiciliarios abiertos - como uno de los ejemplos más claros de ese riesgo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La STS 329/2016 fijó así un criterio funcional y no formalista: lo relevante no es el nombre del dispositivo empleado (prismáticos, cámara, dron) ni si técnicamente permite o no grabar, sino si su empleo permite salvar, sin autorización judicial, obstáculos que el titular del espacio ha dispuesto - o que resultan inherentes a la propia naturaleza del lugar - para excluir la observación ajena. Este criterio ha sido el eje sobre el que se ha construido, casi una década más tarde, la primera doctrina jurisprudencial específica sobre drones (STS 797/2025)[4] y sobre cámaras instaladas en espacios semiprivados (STC 92/2023)[5].

La sentencia también establece que el hecho de que las ventanas estén abiertas o que las cortinas no estén cerradas no significa que el titular haya renunciado a su derecho a la intimidad. No puede afirmarse que una persona consiente implícitamente que la Policía utilice instrumentos ópticos para observar su vivienda simplemente porque no haya cerrado las persianas. Por tanto, cuando la Policía necesita emplear medios técnicos para superar la distancia y observar el interior de un domicilio, será necesaria la correspondiente autorización judicial.

Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas (domicilio) sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno plácet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario.

Pero esa misma línea jurisprudencial refleja una consideración inversa cuando no se emplean instrumentos que permitan superar una expectativa fundada de privacidad. La simple percepción visual sin artificios ópticos que venzan la distancia o los mecanismos de defensa de la privacidad no genera, por sí misma, lesión constitucional. Esa distinción entre lo visible desde fuera y la intromisión tecnológica o artificiosa enlaza, además, con precedentes clásicos de la Sala Segunda en materia de flagrancia, en los que se consideró legítima la percepción policial desde posiciones externas no invasivas. Así, la STS de 18 de febrero de 1994 apreció la existencia de delito flagrante cuando los agentes observaron desde una ventana abierta cómo los ocupantes confeccionaban papelinas de droga y entraban los compradores; la STS de 31 de enero de 1995 hizo descansar la licitud de la entrada en que, hallándose la puerta parcialmente abierta, uno de los agentes oyó al comprador pedir "un gramo" y llevar el dinero en la mano, percibiendo al vendedor sacar una bolsa y extraer la bolsita

[4] STS 797/2025, de 2 de octubre, cit.
[5] STC 92/2023, de 11 de septiembre, cit.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que entregó al comprador; y la STS de 3 de octubre de 1994, en la que la apertura de la puerta permitió a los agentes percibir en un monedero las papelinas que el acusado se ofreció a vender.

No se trata, claro es, de supuestos idénticos al presente, pero sí reflejan un criterio constante, esto es, que lo que queda expuesto a la contemplación directa desde una posición exterior legítima, sin forzar visualmente el ámbito reservado por medios extraordinarios, no queda automáticamente cubierto por la prohibición del artículo 18.2 de la Constitución Española.

Por tanto, para la simple percepción visual (ver lo que ocurre a través de la ventana o la puerta) no hace falta autorización judicial, pero si hace falta cuando se captan imágenes a través de un dron del interior de un domicilio. La captación de imágenes del interior de un domicilio - ya sea mediante dron, cámara fija o móvil, o instrumentos ópticos de aproximación - solo resulta lícita cuando concurre alguno de los tres títulos habilitantes que reconoce el art. 18.2 CE: el consentimiento del titular (libre, informado y revocable en cualquier momento), la flagrancia delictiva, o la autorización judicial previa, motivada conforme al art. 588 quater a LECr si lo que se pretende, además de captar la imagen, es acceder físicamente al domicilio para instalar el dispositivo.

Si se trata de una visión externa, hasta donde alcanza la vista y carente por tanto de cualquier instrumento técnico que haga posible la aproximación de los sospechosos, no es preciso autorización judicial (SSTS 15 de abril de 1997;[6] de 18 de febrero de 1999)[7].

En caso de precisar la utilización de un artificio técnico que deba ser empleado para vencer la distancia entre observante y observado o algún obstáculo, sí se precisa autorización judicial. (STS 13 de marzo de 2003)[8].

## 2. Urbanizaciones cerradas

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el empleo de un dron en una investigación penal se produjo, precisamente, en el contexto de una urbanización cerrada: la **STS 797/2025, de 2 de octubre** (ROJ: STS 4225/2025; ponente, de nuevo, el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez).

[6] STS 453/1997, de 15 de abril de 1997, Sala Segunda (rec. 397/1996), ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.
[7] STS 245/1999, de 18 de febrero de 1999, Sala Segunda, rec. 17/1998, ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo, sobre captación policial de imágenes y su incidencia en los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio.
[8] STS 354/2003, de 13 de marzo de 2003, Sala Segunda, ponente: D. Julián Sánchez Melgar, sobre la utilización de instrumentos técnicos para la captación y grabación de imágenes en espacios públicos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Los hechos.** En el marco de una investigación por tráfico de drogas en Alicante, agentes del Cuerpo Nacional de Policía llevaron a cabo diversas vigilancias sobre el investigado, ya identificado desde el inicio de las pesquisas a partir de información vecinal anónima y de seguimientos previos.

En una única ocasión, el 28 de julio, la policía empleó un dron para fotografiar un tramo del pasillo interior de la urbanización - de bungalows - que no resultaba visible desde el exterior, con la exclusiva finalidad de precisar cuál era, dentro del conjunto, el bungalow concreto correspondiente al investigado, y así poder ejecutar con precisión la entrada y registro que días después se solicitaría y obtendría judicialmente. La urbanización estaba delimitada por un murete y un enrejado que permitían, en la mayor parte de su perímetro, la visión desde fuera.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y validó la actuación policial, con el siguiente razonamiento:

- El art. 588 quinquies a LECr es el precepto que presta cobertura normativa a la utilización de drones para la investigación penal, sin perjuicio de la regulación administrativa contenida en el Real Decreto 517/2024.
- La capacidad de la Policía Judicial para captar imágenes por propia iniciativa, sin autorización judicial, queda circunscrita a los «lugares o espacios públicos», concepto que debe deslindarse, por contraposición, del «domicilio o lugar cerrado» al que se refiere el art. 588 quater a, siempre sujeto a autorización judicial.
- La expectativa de intimidad se refuerza, señala expresamente la Sala, incluso cuando se trata de una urbanización cerrada dotada de dependencias comunes destinadas al tránsito o encuentro de los vecinos.
- No obstante, en el caso concreto no se apreció una injerencia de relevante intensidad: la captación fue puntual - una sola ocasión -, no continuada ni sistemática; el dron no llegó a fotografiar el interior de ningún domicilio, sino únicamente el tramo de pasillo común no visible desde el exterior; y, sobre todo, las imágenes obtenidas no fueron las que determinaron la solicitud y concesión de la entrada y registro, que se fundó en líneas de investigación autónomas y anteriores (vigilancias físicas e información vecinal) en las que el domicilio del investigado ya constaba identificado.
- Por ello, el Tribunal concluyó que, aun siendo válida la captación puntual de esa imagen, el propio instructor optó por no incorporarla como fundamento de la resolución habilitante de la entrada y registro, valiéndose en su lugar de las restantes diligencias policiales como línea de investigación independiente, lo que reforzó la conclusión de licitud.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta sentencia ha suscitado un debate doctrinal relevante que las instituciones deben conocer. Se ha objetado que, aunque el Tribunal Supremo calificó las zonas comunes de la urbanización como un espacio de tránsito con naturaleza cuasi pública, dichas zonas son de uso exclusivo de los residentes y podrían merecer - por analogía con lo resuelto por el Tribunal Constitucional para los garajes comunitarios en la STC 92/2023 (véase el epígrafe siguiente) - un nivel de protección equivalente al del ámbito privado, sin que el carácter compartido del espacio deba diluir por sí solo esa protección. Se ha cuestionado igualmente, desde la óptica de la doctrina del fruto del árbol envenenado, si resulta enteramente convincente afirmar que las imágenes del dron no influyeron en la actuación policial, cuando fue precisamente esa captación la que permitió ubicar con exactitud el inmueble que después sería objeto de entrada y registro.

De este debate se extraen las siguientes pautas prácticas:

a) El empleo de drones en urbanizaciones cerradas u otros conjuntos de uso restringido a un colectivo determinado de residentes debe limitarse a actuaciones **puntuales y no continuadas**, evitando en todo caso la vigilancia estática o prolongada en el tiempo.

b) Debe evitarse, incluso de forma accidental, la captación del interior de cualquier vivienda; si ello ocurriera, la imagen así obtenida debería excluirse y, en su caso, destruirse.

c) Conviene documentar con precisión en el atestado el carácter puntual de la actuación, su finalidad exclusivamente localizadora (y no probatoria de hechos delictivos) y su desconexión respecto de los indicios que en su caso se empleen para solicitar una ulterior autorización judicial de entrada y registro, para evitar cualquier duda sobre su carácter esencial o meramente auxiliar.

d) En caso de duda razonable sobre la naturaleza privada o semiprivada del espacio a sobrevolar, resulta más prudente solicitar autorización judicial previa - por la vía del art. 588 quater a LECr - que confiar en la calificación del espacio como «público de facto», dada la controversia doctrinal suscitada por este último criterio.

### 3. Garajes

La jurisprudencia distingue con nitidez dos supuestos:

#### a) Garajes o trasteros comunicados con la vivienda

Cuando el garaje o trastero se encuentra anexo y comunicado directamente con la vivienda, formando con ella una unidad funcional en la que se desarrolla vida privada, se le reconoce la condición de domicilio a efectos del art. 18.2 CE, por tratarse - en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, reiteradas por las SSTS

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

171/1999 y 912/2016, de 1 de diciembre - de un lugar dependiente de la voluntad de su titular a los efectos de la privacidad y de la exclusión de terceros. Si el garaje o trastero está comunicado con la vivienda y se destina a usos propios de la vida doméstica, se le aplica el régimen íntegro del domicilio: se requiere consentimiento, flagrancia o autorización judicial tanto para la entrada física como para la instalación de cualquier dispositivo de captación de imágenes.

**b) Garajes independientes, sin comunicación con vivienda alguna**

Cuando el garaje - individual o comunitario - cumple una función de mero estacionamiento o almacenamiento, sin conexión con ninguna vivienda, la jurisprudencia le niega la consideración de domicilio: así lo declaran, entre otras, las SSTS 399/2015, de 18 de junio; 468/2015, de 16 de julio (garajes privados sin comunicación interna con la vivienda); y 85/2021, de 3 de febrero, que excluye expresamente a las naves y garajes de la protección del art. 18.2 CE.

**El matiz decisivo:** STC 92/2023, de 11 de septiembre**.** Que un garaje comunitario no sea domicilio a efectos del art. 18.2 CE no significa que pueda instalarse en él, sin más, un dispositivo de grabación. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2023, de 11 de septiembre (ponente, D. Enrique Arnaldo Alcubilla), al resolver un recurso de amparo en el que la Guardia Urbana de Barcelona había instalado una cámara oculta en el garaje comunitario de un edificio de viviendas - donde se hallaba estacionado el vehículo del recurrente, en el que después se intervinieron cuarenta y cuatro kilogramos de hachís - sin autorización judicial y sin conocimiento ni permiso de la comunidad de propietarios.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo por vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), razonando que el recurrente mantenía en ese espacio una legítima expectativa de privacidad, pese a tratarse de un garaje sin comunicación con vivienda alguna y, por tanto, no protegido por el art. 18.2 CE. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal rechazó de forma expresa que el garaje comunitario pudiera calificarse como «lugar público», apoyándose en la definición contenida en la Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado: el lugar o espacio público es aquel en el que el investigado no puede ejercer ningún derecho de exclusión frente a terceros ni reservar al conocimiento ajeno lo que allí sucede, mientras que el *locus* privado es aquel en el que el individuo puede limitar el acceso de terceros y ejercer así ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno. Un garaje comunitario de acceso restringido a los vecinos - concluyó el Tribunal - se sitúa en esta segunda categoría, semiprivada, y no en la primera.

De la combinación de ambas líneas jurisprudenciales resultan las siguientes reglas:

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

- Si el garaje es independiente y no comunicado con vivienda alguna, su mera inspección o entrada no exige autorización judicial ex art. 18.2 CE (así lo confirma, para el supuesto de naves y fincas, la STS 837/2025, que se analiza en el epígrafe siguiente).
- Sin embargo, la instalación de dispositivos de grabación en ese mismo garaje - aunque no sea domicilio - exige contar con autorización judicial, o bien con el consentimiento informado de la comunidad de propietarios y el cumplimiento de los deberes de información propios de la normativa de protección de datos, pues de lo contrario se compromete el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE en la medida en que subsista una expectativa legítima de privacidad frente a terceros ajenos al edificio.
- Distinto es el supuesto en que es la propia comunidad de propietarios quien decide instalar cámaras en las zonas comunes del inmueble para reforzar su seguridad: la jurisprudencia civil (SSTS 1399/2024 y 5075/2024, de 23 de octubre) admite esta posibilidad siempre que exista un título legitimador - el correspondiente acuerdo de la junta de propietarios adoptado con las mayorías legales - y que la afectación de la intimidad de los vecinos resulte proporcionada e idónea a la finalidad de seguridad perseguida, con cumplimiento de los deberes de información e indicación mediante los correspondientes carteles. Estas imágenes, obtenidas lícitamente por la comunidad, podrán después incorporarse, en su caso, a un proceso penal en los términos generales aplicables a la prueba obtenida por particulares.

### 4. Trasteros

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal) (núm. 457/2025, de 21 de mayo de 2025, ponente Excmo. Sr. D. Javier Hernández García) es interesante porque el Tribunal Supremo analiza precisamente los trasteros alquilados como espacios de almacenamiento y, sobre todo, qué valor pueden tener las cámaras de videovigilancia instaladas en las zonas comunes de una empresa de trasteros.

El caso se refería a unas instalaciones de alquiler de trasteros en Ibiza. Uno de los acusados tenía alquilado un trastero en I-SAFE, y además había un contenedor alquilado en Big Box Ibiza. En esos espacios se encontraron importantes cantidades de drogas y dinero. Lo fundamental es que el Supremo no considera que el mero hecho de que exista un trastero alquilado convierta automáticamente el trastero en un domicilio constitucionalmente protegido.

El acusado alegaba que las imágenes de las cámaras eran una prueba ilícita porque las instalaciones no tenían correctamente informados a los usuarios mediante carteles de videovigilancia y porque existían dudas sobre el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Supremo rechaza el argumento. La razón es especialmente relevante: las cámaras grababan las zonas comunes de acceso a los trasteros, no el interior de los trasteros. Además, no puede dejar de tomarse en cuenta que, sin perjuicio de la conservación de las imágenes grabadas, su captación no respondía a ningún plan de vigilancia específico de los movimientos del recurrente, sino de observación del espacio común de tránsito hacia los trasteros y contenedores, y que no se prolongó más tiempo que los breves segundos en los que transitó por dicha zona.

Por ello, el Tribunal considera que la expectativa de privacidad de una persona que circula por esos espacios comunes es diferente de la que tendría dentro de un espacio reservado. La sentencia concluye que la falta de cartel informativo sobre la videovigilancia o determinadas dudas sobre el cumplimiento de la normativa de protección de datos no determinan por sí solas la nulidad de las grabaciones. Esto se resume muy bien en la propia sentencia: el TS considera que no puede derivarse automáticamente la nulidad de la prueba por la ausencia de un cartel que informe de la grabación de la zona común de acceso a los trasteros.

## 5. Fincas

Las fincas particulares requieren igualmente una valoración individual. La reciente STS 837/2025, de 15 de octubre (ROJ: STS 4648/2025; ponente, Excma. Sra. Dña. Carmen Lamela Díaz) sistematiza con claridad la doctrina aplicable a fincas, prados y naves. En el caso enjuiciado, agentes de la Guardia Civil habían inspeccionado, sin autorización judicial, un prado o finca y dos naves - una de ellas descubierta - en los que se intervinieron vehículos, maquinaria y piezas de procedencia ilícita; en el interior de una de las naves se hallaban, además, varias caravanas donde pernoctaban los miembros de una misma familia.

El Tribunal Supremo reiteró que no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales, debiendo excluirse de esa categoría aquellos lugares que, por su afectación, sirven a cometidos incompatibles con la idea de privacidad, como sucede con los almacenes, las fábricas, las naves industriales (STS 560/2010, de 7 de junio)[9] o los cobertizos y fincas destinados al depósito de vehículos, maquinaria o mercancías. La Sala recuerda, en este sentido, una consolidada línea jurisprudencial (entre otras, SSTS de 8 de julio de 1994, 27 de julio de 2001 y 3 de octubre de 1995) conforme a la cual una nave, oficina o local comercial carece de la protección de los apartados 1 y 2 del art. 18 CE al no constituir un espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad.

[9] STS 560/2010, de 7 de junio de 2010, Sala Segunda, FJ 6.º, rec. 2576/2009, ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ahora bien, la propia sentencia introduce un matiz esencial: dentro de una finca o nave de estas características puede existir, delimitada y diferenciada, una concreta zona destinada de facto a vivienda - en el caso examinado, las caravanas en las que pernoctaba la familia, junto con las instalaciones anexas de uso doméstico (cocina, aseo, mobiliario) -. Esa zona sí merece, individualizadamente, la protección del art. 18.2 CE; el resto del recinto, empleado para el depósito de vehículos y enseres, no lo merece. En el caso resuelto, la Sala constató que el registro no había alcanzado esas zonas de pernocta, lo que permitió mantener la validez de la diligencia practicada sobre el resto del recinto.

La calificación jurídica de una finca o recinto rural no debe realizarse de forma global y uniforme, sino parcela a parcela y estancia a estancia, atendiendo al uso efectivo de cada área concreta: las zonas destinadas al depósito de vehículos, maquinaria, mercancías o al ejercicio de actividades agrícolas o industriales pueden inspeccionarse y ser objeto de captación de imágenes sin autorización judicial; las zonas efectivamente destinadas a vivienda o pernocta - con independencia de su ubicación dentro de un recinto más amplio - exigen consentimiento, flagrancia o autorización judicial. Es aconsejable que el atestado policial documente gráficamente esta distinción, describiendo con precisión qué áreas fueron objeto de inspección y cuáles quedaron expresamente excluidas por su naturaleza habitacional.

### 6. Espacios o lugares públicos

Los espacios públicos disfrutan de un nivel de protección inferior respecto del domicilio. La doctrina jurisprudencial de esta Sala, (sentencias de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero, 6 de abril y 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 5 de mayo de 1997, 968/1998 de 17 de julio, 188/1999, de 15 de febrero, 1207/1999, de 23 de julio, 387/2001, de 13 de marzo, 27 de septiembre de 2002 y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.

El art. 588 quinquies a LECr constituye la norma habilitante general para que la Policía Judicial capte y grabe, por cualquier medio técnico - incluido el dron -, imágenes de personas investigadas cuando se encuentren en un lugar o espacio público, sin necesidad de autorización judicial previa, siempre que ello resulte necesario para su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito o para obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos; la medida puede extenderse a terceras personas cuando de otro modo se

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de su relación con el investigado y los hechos investigados.

**Fundamento.** Tanto la exposición de motivos de la LO 13/2015 como la Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado explican esta ausencia de control judicial previo en que la captación de imágenes en un espacio público no afecta, como regla general, a ninguno de los derechos fundamentales del art. 18 CE, puesto que no existe una expectativa de intimidad que el investigado pueda invocar frente a terceros presentes en ese mismo espacio; ello sin perjuicio de que, cuando se emplean sistemas sistemáticos de videovigilancia, pueda verse comprometido el derecho – autónomo - a la protección de datos de carácter personal.

**El concepto de lugar o espacio público.** La Circular 4/2019 FGE, en un criterio expresamente asumido por la STC 92/2023, precisa que este concepto no debe fijarse a partir de la titularidad dominical del espacio, sino desde la perspectiva del derecho a la intimidad: es lugar público aquel en el que el investigado no puede ejercer ningún derecho de exclusión frente a terceros ni reservar al conocimiento ajeno lo que allí ocurre; por contraposición, el *locus* privado es aquel en que el individuo puede limitar el acceso de terceros y ejercer así ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno.

**Límites de la medida.** Aun no exigiendo autorización judicial previa, la captación de imágenes en espacios públicos está sometida a límites que no deben perderse de vista:

- El art. 588 quinquies a solo ampara la captación de **imágenes**, no de sonido (Circular 4/2019, conclusión 4ª); la captación simultánea de imagen y sonido, aun en espacios públicos, se rige por el régimen más exigente de los arts. 588 quater a y siguientes.
- La medida sigue sujeta a los principios rectores del art. 588 bis a (especialidad, idoneidad y necesidad), cuyo control judicial se desplaza, en este caso, al momento de la incorporación del resultado de la medida al procedimiento (Circular 4/2019, conclusiones 3ª y 7ª).
- La captación de imágenes de terceros no investigados exige una justificación específica (Circular 4/2019, conclusión 6ª).
- El concepto de espacio público debe interpretarse de forma funcional y restrictiva, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y no de forma meramente formal: como pone de manifiesto el debate suscitado por la STS 797/2025 en relación con las urbanizaciones cerradas, un espacio normalmente abierto o de tránsito puede, en atención a su uso exclusivo por un colectivo restringido de personas, merecer una protección reforzada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Relación con la LO 4/1997.** Cuando lo que se pretende es instalar cámaras fijas o móviles en la vía pública con una finalidad general de seguridad ciudadana - no vinculada a una investigación penal concreta -, no resulta de aplicación el art. 588 quinquies a LECr, sino el régimen de autorización administrativa de la LO 4/1997, que exige informe preceptivo de la correspondiente Comisión de Garantías de la Videovigilancia y que, en todo caso, prohíbe expresamente - al igual que el art. 18.2 CE - la toma de imágenes o sonidos del interior de las viviendas o de sus vestíbulos sin consentimiento del titular o autorización judicial (art. 6.5 LO 4/1997).

### 7. Comercios

Los locales comerciales, almacenes, oficinas, bares o restaurantes no tienen, como regla general, la consideración de domicilio a efectos del art. 18.2 CE, tal y como reitera de forma constante la jurisprudencia (SSTS de 8 de julio de 1994, 27 de julio de 2001, 3 de octubre de 1995 y, más recientemente, STS 837/2025).
Es habitual que estos lugares dispongan de sistemas de videovigilancia destinados a prevenir robos, identificar responsables y garantizar la seguridad de trabajadores y clientes.
Entre los establecimientos que pueden disponer de este tipo de sistemas se encuentran: entidades bancarias, gasolineras, supermercados, grandes superficies, centros comerciales, estaciones, aeropuertos, recintos deportivos y otros establecimientos abiertos al público.
Las grabaciones obtenidas por estos sistemas pueden incorporarse a una investigación penal cuando sean relevantes para el esclarecimiento de los hechos. La jurisprudencia ha considerado que determinadas grabaciones obtenidas mediante sistemas privados de videovigilancia pueden incorporarse al proceso sin necesidad de autorización judicial.
**Videovigilancia instalada por el propio comercio.** Cuando es el titular del establecimiento quien instala, por su propia iniciativa, un sistema de videovigilancia, dicha instalación no se rige por la LECr sino por la LO 1/1982 y por la normativa de protección de datos (RGPD y LOPDGDD), pues así lo excluye expresamente la Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado (conclusión 2ª) del ámbito de aplicación del art. 588 quinquies a. Las grabaciones así obtenidas pueden incorporarse posteriormente como prueba a un proceso penal sin necesidad de autorización judicial retroactiva para su captación - así lo admitió, para las cámaras de un gran almacén, la STS 124/2014, de 3 de febrero -. Se ha estimado innecesaria la autorización judicial para la incorporación al proceso de imágenes obtenidas por las cámaras de seguridad de El Corte Inglés (STS 124/2014, 3 de febrero) o instaladas en una nave industrial, próxima a la carretera (STS 129/2014, 26 de febrero); tampoco se ha reputado indispensable la habilitación judicial cuando se trata de secuencias grabadas por las cámaras instaladas en el domicilio de los propios moradores (STS 67/2014, 28 de enero).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

No obstante, la validez probatoria de estas grabaciones privadas está condicionada al cumplimiento por parte del comercio de sus propias obligaciones normativas en materia de protección de datos, en particular el deber de informar de la existencia de las cámaras mediante distintivos visibles en los accesos a las zonas videovigiladas (art. 12 RGPD y art. 22.4 LOPDGDD). La jurisprudencia más reciente (así, la STS 457/2025, de 21 de mayo) ha excluido del acervo probatorio grabaciones obtenidas mediante circuitos cerrados de televisión instalados en zonas comunes de establecimientos cuando no constaba acreditado el cumplimiento de ese deber de información. Resulta, por ello, recomendable que la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal, al incorporar a la causa grabaciones procedentes de sistemas de videovigilancia privados, verifiquen y dejen constancia de que se cumplieron estas exigencias informativas, para prevenir su ulterior exclusión probatoria.

**Cámaras instaladas por la propia Policía Judicial en o hacia un comercio.** Cuando es la propia Policía Judicial quien, en el marco de una investigación concreta, instala cámaras dirigidas a un establecimiento comercial, resulta de aplicación el mismo criterio expuesto con carácter general: si la captación se limita a las fachadas o zonas exteriores abiertas al público, rige el art. 588 quinquies a LECr (sin necesidad de autorización judicial); si, por el contrario, es necesario acceder a dependencias interiores no abiertas al público para instalar el dispositivo, resulta de aplicación el régimen más exigente del art. 588 quater a LECr, con exigencia de autorización judicial motivada.

### 8. Naves industriales

La reciente STS 264/2026, de 6 de abril (ROJ STS 1661/2026, ponente Excmo. Sr. MANUEL MARCHENA GÓMEZ establece que una nave industrial no tiene, por regla general, la protección constitucional del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución. “Esta idea forma parte de una jurisprudencia plenamente asentada que niega a las naves industriales la protección constitucional. Hemos dicho recientemente que no puede admitirse que el uso de una nave destinada al almacenaje pueda generar una expectativa de privacidad equiparable a la que se decanta del espacio domiciliar (cfr. SSTS 512/2025, 4 de junio; 1046/2024, 29 de noviembre ). El mismo criterio inspira la STS 315/2023, 3 de mayo, que cita la doctrina consagrada, entre otros muchos precedentes, en las SSTS 399/2015, 18 de junio; 912/2016, 1 de diciembre y 560/2010, 7 de junio)”. Por tanto, se podrán captar imágenes sin autorización judicial.

## IV. LAS IMÁGENES DE DRONES Y CÁMARAS COMO PRUEBA ELECTRÓNICA

La prueba electrónica constituida por imágenes obtenidas mediante drones y cámaras presenta una importancia creciente en el Derecho español. Sin embargo, su eficacia probatoria no depende simplemente de que una fotografía o un vídeo "muestre" un determinado hecho.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El análisis jurídico debe realizarse en dos planos complementarios.

El primero es el de la **licitud de la captación**. Hay que comprobar que la obtención de las imágenes respeta la intimidad, la propia imagen, la protección de datos y, cuando corresponda, las exigencias de autorización judicial.

El segundo es el de la **fiabilidad de la evidencia digital**. Deben poder acreditarse su origen, autenticidad, integridad, conservación y, cuando sea necesario, su cadena de custodia.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha destacado precisamente la necesidad de comprobar en la evidencia digital la autenticidad del origen y la integridad del contenido, criterio especialmente relevante para fotografías y vídeos digitales.

En el caso concreto de los drones, la prueba puede ser especialmente potente porque permite combinar imagen, geolocalización, fecha, hora, altitud y trayectoria de vuelo. Una vez obtenidas las evidencias, deben conservarse mediante técnicas que impidan su manipulación, como copias forenses, sistemas de aseguramiento o mecanismos de integridad digital. Posteriormente, su incorporación al proceso puede realizarse conforme a las normas que regulan la reproducción de imágenes, sonidos y datos electrónicos. En particular, los artículos 299 y 382 LEC permiten aportar y reproducir ante el tribunal fotografías y vídeos obtenidos mediante instrumentos de grabación. Si se pretende utilizar información almacenada en el propio dispositivo, resulta aplicable el artículo 384 LEC, que regula el examen de instrumentos capaces de almacenar y reproducir datos.

Además, debe distinguirse entre el contenido del dron fotografías, vídeos, audios, datos, etc. y el propio dispositivo físico. El contenido puede aportarse como archivo electrónico, por ejemplo, mediante un soporte digital cuando su tamaño impide incorporarlo directamente al sistema de gestión procesal. En cambio, el dron como objeto físico constituye una fuente de prueba diferente y puede ser examinado directamente por el tribunal o mediante un dictamen pericial, especialmente cuando sea necesario analizar cuestiones técnicas relacionadas con su hardware o software.

En todo caso, debe garantizarse el principio de contradicción, permitiendo que la otra parte pueda cuestionar la autenticidad o exactitud de las imágenes, vídeos o datos y aportar sus propias pruebas. Por ello, puede resultar conveniente acompañar las grabaciones de transcripciones o informes periciales que faciliten su valoración.

Respecto a su aportación al proceso penal, el material obtenido mediante drones puede considerarse, en sentido amplio, documentación o archivo electrónico, siempre que cumpla requisitos de autenticidad,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

integridad, identificación y conservación. Cuando los archivos sean demasiado grandes para enviarlos mediante sistemas como LexNet, la normativa permite utilizar otros soportes digitales accesibles para los órganos judiciales.

## V. CONCLUSIONES

No resulta sencillo establecer reglas precisas, generales y de aplicación uniforme que permitan resolver todas las situaciones relacionadas con la utilización de drones y cámaras, puesto que cada caso presenta sus propias particularidades. En este sentido, cuando la instalación o utilización de dispositivos de captación de imágenes afecta a un espacio reservado a la intimidad de las personas, como es el domicilio, su empleo únicamente podrá autorizarse mediante resolución judicial. Dicha autorización constituye el título habilitante necesario para limitar un derecho fundamental. Por tanto, no será legítima, sin la correspondiente autorización judicial, la utilización de dispositivos capaces de captar imágenes o sonidos del interior de un domicilio aprovechando las posibilidades técnicas de estos aparatos, incluso cuando la grabación se realice desde un lugar situado fuera del propio recinto domiciliario.

La incorporación de drones y cámaras a las investigaciones criminales constituye una consecuencia natural del progreso tecnológico y de la necesidad de adaptar los métodos de investigación policial a las nuevas formas de delincuencia. En este contexto, la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015 supuso un importante avance al introducir una regulación específica de determinadas diligencias de investigación tecnológica, con el objetivo de reducir la inseguridad jurídica existente hasta ese momento. Sin embargo, pese a la relevancia de esta reforma, la práctica ha demostrado que siguen existiendo numerosas cuestiones que carecen de una respuesta normativa clara y que deben ser concretadas mediante la interpretación jurisprudencial.

Esta situación se ve agravada por la rápida evolución experimentada por la tecnología desde la entrada en vigor de la reforma hasta la actualidad. Mientras los medios tecnológicos han avanzado de forma exponencial, la legislación no ha evolucionado al mismo ritmo, generándose nuevas situaciones para las que el marco jurídico vigente no ofrece una respuesta suficientemente precisa. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2015 ya advertía sobre los problemas derivados de dejar en manos de los tribunales la delimitación de los límites de la investigación penal, especialmente cuando las medidas adoptadas pueden afectar a derechos fundamentales.

En consecuencia, vuelve a resultar necesaria una actualización de la regulación de las investigaciones tecnológicas, de modo que el ordenamiento jurídico pueda responder adecuadamente a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de delincuencia. Esta actualización adquiere especial importancia porque

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

nos encontramos ante medidas que afectan simultáneamente a la eficacia de la investigación y persecución de los delitos y a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Dentro de este contexto, el empleo de drones representa un instrumento de gran utilidad para la investigación criminal, especialmente en ámbitos como la lucha contra el tráfico de drogas o la persecución de delitos contra el medio ambiente. No obstante, su utilización debe someterse en todo momento a los principios de legalidad y proporcionalidad y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que sus capacidades de captación de imágenes y datos pueden suponer una injerencia en la esfera privada.

Aunque la legislación procesal penal permite recurrir a estos dispositivos como herramienta de investigación y utilizar la información obtenida mediante ellos en el proceso, el ordenamiento jurídico no cuenta todavía con una regulación específica y completa del dron como medio de prueba electrónica. Por ello, resulta conveniente completar y actualizar el marco normativo existente para ofrecer una respuesta jurídica adecuada a las nuevas posibilidades tecnológicas y garantizar, al mismo tiempo, tanto la eficacia de la investigación criminal como la protección de los derechos fundamentales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ARIZA COLMENAREJO, M.J., Del, La utilización de drones como herramienta en la investigación penal, Fodertics 4.0, Comares, S.L. Granada, 2015.

BELLIDO PENADÉS, R. (2020). La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma). Valencia: Tirant lo Blanch. BUENO DE MATA, F., Comentarios de legislación: Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15163/2015), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica [BOE nro 239, 6-X-2015], Ars Iuris Salmanticensis, Vol. 4, nº 1, 2016.

DELGADO SANCHO, C. D. (2019). Los derechos fundamentales en el proceso penal paso a paso. A Coruña: Colex.

ESCLAPÉS MEMBRIVES, S., Los drones y su uso generalizado: un nuevo reto para el derecho, Fodertics 5.0, Comares, Granada, 2016.

ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. (2012). Video vigilancia y su eficacia en el proceso penal. En J. Pérez Gil (coord.). El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito (pp. 331-377). Madrid: La Ley.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2023). Regulación de diligencias tecnológicas en la investigación penal: aciertos y carencias. En Martín Ríos y Villegas Delgado (dirs.). La tecnología y la inteligencia artificial al servicio del proceso (pp. 151-162). A Coruña: Colex

GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., Drones y privacidad: desafíos de la protección de datos en la utilización civil de aeronaves pilotadas por control remoto, Fodertics 4.0, Comares, Granada, 2015.

MAGRO SERVET, V. (2023). Afectación del derecho a la intimidad personal por captación de imágenes en el interior de un garaje privado sin autorización judicial. Diario La Ley, 10381, 1-19.

OCÓN GARCÍA, J. (2021). Derecho fundamental al secreto y tecnologías avanzadas de la comunicación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal: Adaptado a la Ley Orgánica 13/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Monográficos). Madrid: Sepín, 2016. ISBN 978-84-16521-45-6.

SAN MIGUEL RODRÍGUEZ, I., Relevancia jurídico penal de la captación de imágenes por drones, Noticiasjuridicas.com, noticia publicada el 7 de julio de 2017.

SANTOS MARTÍNEZ, Alberto. Medidas de investigación tecnológica en la instrucción penal. Hospitalet de Llobregat: Bosch, 2017. ISBN 978-84-9090-242-4.

SEMPERE SAMANIEGO, J. DEL, Usos y régimen jurídico aplicable a los drones, Diario LA LEY, LA LEY, n.o 8343, Sección Tribuna, 2014.

ZOCO ZABALA, C. (2022). ¿Delitos contra la inviolabilidad del domicilio? Un estudio desde el objeto y contenido del artículo 18.2 CE. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 34 (24), 1-35.

ZOCO ZABALA, C. (2022). Inviolabilidad del domicilio ante los avances tecnológicos. En Arruego Rodríguez y Pascual Medrano. La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico (pp. 345-364). Editorial Comares, Granada.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# OBTENCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS

*Pino Esther Hormiga Franco*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Licenciada en Criminología

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Elementos necesarios para la adopción de la toma de muestras de ADN. III. Naturaleza pericial. IV. Consentimiento asistido. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país la utilización de medios de análisis y cotejo del ADN dentro del desarrollo de las pesquisas policiales tuvo acogida legislativa con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, con nueva redacción de los art. 326 y 363 de la LECr, que contempla la facultad de recoger restos de naturaleza biológica que pudieran hallarse en el lugar de los hechos criminales con la finalidad de identificar al autor, así como la adopción por la autoridad judicial de la medida consistente en la adopción de muestras biológicas del sospechoso con el fin de comparar su perfil genético con los que se extraiga de los indicios y vestigios recogidos.

El artículo 363 de la LECr "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".

Según el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 "la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.".

La importancia de este acuerdo radica en que distingue que la policía puede recoger muestras biológicas abandonadas (colillas, vasos, pañuelos, chicles, etc.) sin autorización judicial a la obtención directa o coactiva de muestras corporales del sospechoso que afecta a derechos fundamentales que exige el consentimiento de la persona o la preceptiva resolución judicial autorizando la toma de muestras.

Posteriormente, surgió la necesidad de crear de un sistema de almacenamiento de perfiles genéticos, parecido al de huellas dactilares orientado a la identificación de individuos al servicio de la identificación personal,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

promulgándose la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (ácido desoxirribonucleico).

El perfil genético permite individualizar de manera concreta a una persona y nos da una información amplia sobre ella, de modo que, tanto su obtención como su conservación inciden significativamente en su esfera privada a los efectos de la protección que nos otorga el artículo 18 de la Constitución española.

La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 ya señalaba : "la Ley incorpora una importante novedad, ya que posibilita que para determinados delitos de especial gravedad y repercusión social -así como en el caso de los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de personas desaparecidas, o cuando el titular de los datos haya prestado su consentimiento para la inscripción-, los resultados obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, sean inscritos y conservados en la base de datos policial, a fin de que puedan ser utilizados en esa concreta investigación, o en otras que se sigan por la comisión de alguno de los delitos para los que la propia Ley habilita la inscripción de los perfiles de ADN en la base de datos. Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética."

El acuerdo del Pleno de 24 de septiembre de 2014 dice que 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.

No obstante, resulta válido el cotejo entre muestras obtenidas en el procedimiento objeto de enjuiciamiento de los perfiles genéticos previamente incorporados a las bases de datos policiales con ocasión de una investigación judicial, aun cuando el consentimiento para su obtención hubiera sido prestado sin asistencia letrada siempre que en la instrucción el investigado no haya impugnado la validez de dicha información obtenida.

Es decir, es legítima la comparación de las muestras recabadas en una causa con perfiles genéticos que obren en los registros y en los datos policiales procedentes de otro procedimiento, aunque no conste la asistencia letrada en el momento de prestar consentimiento para su obtención. Es necesario que no se haya impugnado dicha prueba en la fase de instrucción.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En la STS 542/2020, de 23 de octubre, en su FJ 1º recoge los requisitos necesarios para la correcta recogida de muestras y fluidos en el cuerpo de una persona, como es la saliva.

En este caso, tal y como establece el acuerdo del Pleno de 24 de septiembre de 2014 la policía judicial habrá de contar con el consentimiento del investigado que, de hallarse detenido, deberá prestarlo con la asistencia letrada. Para la realización de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que sean necesarios para la obtención de las muestras y no sean consentidos por la persona objeto de investigación, será preceptiva la autorización judicial.

El artículo 129 bis del CP, introducido por la reforma de 2015, indica: "Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad".

Así podemos mencionar la STS, Sala 2ª, nº 4754/2022, de 16 de diciembre de 2022, afirma la necesidad de contar con autorización del paciente/afectado o con autorización judicial para la obtención y utilización de datos sanitarios identificables con fines de investigación delictiva. Trata la Aplicación de la LO 3/2018, de protección de datos, y de la LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

## II. ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE TOMA DE MUESTRAS. DE ADN

La norma habilitante de la diligencia de toma de muestras es el art. 3 de la Ley Orgánica 10/07, de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que establece[1]:

[1] Úbeda de Los Cobos, Julio José, La impugnación de la prueba de ADN por falta de asistencia letrada en la recogida de muestras del detenido(Análisis del Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014) Diario La Ley, Nº 8748, Sección Doctrina, 25 de Abril de 2016, p. 3.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.*

*1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:*

*a) 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 art. 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados*.

Sobre la forma en que debe practicarse al toma de muestras establece su Disposición Adicional Tercera: *Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*[2].

Se ha pronunciado el TJUE (STJUE C-205/21 de 26 de enero 2023) en relación con un procedimiento penal búlgaro por delitos de fraude fiscal cometidos mediante grupo organizado que no vamos a entrar pero sí analizar sus efectos en relación con nuestro ordenamiento jurídico español[3].

Analizando esta sentencia hay que atender, en primer término, el TJUE aborda la exigencia del principio legalidad, afirmando que toda injerencia en derechos fundamentales, como el relativo al control sobre los datos personales, debe contar con una adecuada cobertura legal. En relación con la normativa nacional, señala que el Derecho de la Unión distingue el tratamiento de datos realizados para los fines previstos en la Directiva y aquel sometido al Reglamento General de Protección de Datos, siendo esencial que la legislación interna delimite de manera inequívoca el régimen jurídico aplicable en cada caso.

Con esta finalidad el TJUE hace referencia a la cláusula de interconexión prevista en el artículo 63.1 de la Directiva 2016/680 en virtud de la cual los Estados miembros deben notificar a la comisión las disposiciones nacionales de transposición. De este modo, el Tribunal reitera la obligación de los jueces nacionales de realizar

[2] STS de 11 de noviembre de 2014.

[3] Martínez Cantón, Silvia, *Recogida de datos biom*étricos y genéticos en el proceso penal: breve análisis de la STJUE C-205/21 de 26 de enero de 2023 al hilo de la Directiva 2016/680, Diario LA LEY, Nº 10237, Sección Tribuna, 27 de Febrero de 2023. p. 5.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

la interpretación conforme el Derecho interno, procurando que este se acomode a las exigencias del Derecho de la Unión y preserve el efecto útil de la Directiva.

Respecto al artículo 6.a) de la Directiva 2016/680 («Los Estados miembros dispondrán que el responsable del tratamiento, cuando corresponda y en la medida de lo posible, establezca una distinción clara entre los datos personales de las distintas categorías de interesados, tales como: a) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que han cometido o van a cometer una infracción penal […]»), el TJUE explica que la razón de establecer estas diferencias radica en evitar que personas con distinta participación procesal soporten una idéntica injerencia en sus datos personales. La redacción de este precepto permite apreciar destaca el TJUE, que corresponde al Estado valorar en cada caso concreto si procede efectuar tal diferenciación, siendo las categorías mencionadas meramente ejemplificativas y carentes de carácter exhaustivo. Asimismo, afirma que la existencia de pruebas suficientes que permitan considerar al interesado responsable de la comisión de un delito basta para que la normativa nacional pueda prever la incorporación de sus datos en el registro.

El TJUE señala que la obtención de datos debe llevarse a cabo con arreglo con la normativa nacional que le habilite, de modo que no resulte contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Recuerda, asimismo, que este derecho no tiene carácter absoluto y que los Estados pueden establecer limitaciones a su ejercicio siempre que concurran tres condiciones:

En primer término, que tales restricciones estén previstas en la ley.

En segundo término, que respeten el contenido esencial de los derechos y libertades afectados y resulten necesarias y proporcionadas y por último que persigan la protección de un interés general o de los derechos y libertades de terceros.

Por lo que respecta al requisito de la legalidad, el TJUE lo relaciona con la existencia de un control judicial, al corresponder al órgano judicial nacional verificar que concurren los presupuestos exigidos en la fase de instrucción para acordar la medida de obtención de datos.

En particular, alude a la presencia de elementos probatorios que permitan atribuir al afectado una sospecha fundada de participación en un delito doloso perseguible de oficio.

En relación con el respeto al contenido esencial de los derechos y libertades, el Tribunal examina el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y considera que su núcleo esencial reside en la existencia de mecanismos de impugnación. No obstante, entiende que no resulta imprescindible la previsión de un recurso

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

directo frente a la decisión que autoriza la medida, siendo suficiente la posibilidad de cuestionarla a través de la vía de recurso o a través de un incidente.

El TJUE viene a sostener que la tutela judicial efectiva queda garantizada cuando el interesado dispone de vías para impugnar su consideración como presunto responsable o los elementos probatorios que sustentan tal valoración. Desde esta perspectiva, la recogida de datos personales de quien es considerado sospechoso de un delito no vulneraría el mencionado derecho.

Los requisitos de necesidad y proporcionalidad los recoge el artículo 10 de la Directiva 2016/680 en la adopción de la medida.

El TJUE indica que la obtención de estos datos únicamente puede recogerse en supuestos tasados y que la concurrencia del requisito de necesidad debe ser objeto de un examen especialmente estricto. Esta exigencia responde a la finalidad de reforzar la protección de las personas afectadas cuando se trata de datos de carácter sensible.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuye una especial relevancia a la determinación de los períodos durante los cuales pueden mantenerse almacenados los perfiles genéticos incorporados a las bases de datos del ADN. Como se destaca en la sentencia, caso Aycaguer c. Francia, de 12 de junio de 2017, "(…) La protección de los datos personales desempeña un papel fundamental en el ejercicio del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 del Convenio. Por lo tanto, la legislación nacional debe establecer las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier uso de los datos personales que no sea conforme a las garantías previstas en este artículo. La necesidad de estas salvaguardias es aún más acuciante cuando se trata de la protección de datos personales sometidos a tratamiento automatizado, en particular cuando dichos datos se utilizan con fines policiales. De tal modo, el derecho interno debe garantizar que dichos datos sean necesarios y no excesivos en relación con los fines para los que se registran, y que se conserven de forma que permitan la identificación de los interesados durante un tiempo no superior al necesario para los fines para los que se registran. El derecho interno también debe contener salvaguardias para garantizar que los datos personales almacenados estén efectivamente protegidos contra el uso indebido y el abuso, así como proporcionar una posibilidad concreta de solicitar la supresión de los datos almacenados"[4].

Esta doctrina impone a los Estados una obligación positiva consistente en establecer límites temporales de conservación que sean claros, determinados y proporcionados, evitando así una retención indefinida o carente

[4] DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS. Prueba de ADN. Coincidencia de perfiles registrados en una base de datos de un tercer Estado Diario. LA LEY, Nº 9969, Sección Comentarios de jurisprudencia, 13 de Diciembre de 2021. p. 10.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de justificación razonable. Recomendación nº R (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal.

A este respecto los artículos 4 y 8 de la Directiva establecen las finalidades legítimas y los objetivos que puedan justificar el tratamiento de datos personales, aplicables igualmente a las categorías especiales de datos, aunque sometidas a un nivel de exigencia superior. El concepto de necesidad implica que la finalidad perseguida no puede alcanzarse, con una eficacia comparable, mediante medidas menos restrictivas para los derechos fundamentales de los afectados, en particular para el derecho al respeto a la vida privada y a la protección de los datos personales. De manera específica, se contempla la posibilidad de que los objetivos pretendidos puedan lograrse mediante la utilización de datos que no tenga naturaleza sensible.

Partiendo de estas premisas, el TJUE pone en duda la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una recogida sistemática y automática de datos biométricos y genéticos, ya que puede ocurrir que dicha medida no responda a una necesidad concreta derivada del procedimiento en el que se acuerda. Por ello atribuye a los órganos judiciales nacionales la función de examinar la naturaleza y gravedad de la infracción investigada, así como las circunstancias concurrentes, a fin de determinar si la obtención de tales datos resulta realmente necesaria y si los fines perseguidos podrían alcanzarse mediante la recopilación de información menos sensible.

Igualmente considera que cuando la normativa nacional no permita que el órgano judicial efectuar ese control de necesidad y proporcionalidad al resolver sobre la autorización judicial ante la negativa del investigado de facilitar sus datos biométricos, deberá rechazarse la práctica forzosa de la medida.

Por lo que respecta al tercer requisito consistente en la protección del interés general o de derechos y libertades de los demás, el TJUE recuerda que las finalidades de recogida y tratamiento de estos datos se encuentran en el artículo 1.1 de la Directiva 2016/680 y que son «fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública».

## III. NATURALEZA PERICIAL

La prueba de ADN por su carácter pericial, está sometido al principio de libre valoración judicial, debiendo ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. En lo que respecta a su valoración concreta, resulta preciso analizar, en primer lugar, los distintos resultados que pueden obtenerse del análisis y comparación de las muestras biológicas. A tal efecto el estudio se centra en el ADN no codificante por ser el que permite determinar el perfil genético de una persona.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El análisis comparativo de las muestras dubitadas e indubitadas se realiza mediante el examen de determinados marcadores genéticos cuyos resultados posibilitan establecer la existencia o inexistencia de correspondencia genética entre las muestras objeto de estudio.

En la práctica forense se emplean habitualmente más de quince marcadores genéticos para la realización del análisis, seleccionándose aquellos que presentan un mayor grado de polimorfismo o variabilidad en la población. De este modo, cuando se obtiene un perfil genético completo y exista coincidencia en todos los marcadores examinados, la posibilidad de que dicho perfil corresponda a persona distinta resulta extraordinariamente remota.

Tras la realización del análisis genético pueden determinarse dos parámetros distintos. El primero es la probabilidad de coincidencia entre las muestras comparadas mientras que el segundo viene dado por la razón de verisimilitud, que permite valorar la fuerza probatoria de los resultados obtenidos en apoyo de una determinada hipótesis frente a otra alternativa.

Al margen de interpretaciones simplificadas de esta prueba, lo cierto es que la valoración de los resultados con el fin de obtener conclusiones fiables que contribuyan al esclarecimiento de la verdad material puede apoyarse en herramientas estadísticas como el teorema de Bayes, basado en el cálculo de probabilidades. Ello pone de manifiesto que la prueba de ADN no constituye una prueba plena o concluyente por sí misma. De hechos, sus resultados se expresan habitualmente mediante una razón de verisimilitud, instrumento que permite al juez o tribunal valorar adecuadamente la fuerza probatoria del hallazgo en relación con las distintas hipótesis planteadas, integrándolo con la probabilidad previa derivada del conjunto de las circunstancias concurrentes[5].

Así una ausencia de coincidencia entre muestras comparadas determinará necesariamente la exclusión del investigado o acusado como origen de la muestra analizada. Por el contrario, cuando exista coincidencia positiva, será preciso ponderar dicho resultado conjuntamente con el resto del material probatorio obrante en las actuaciones.

Por otra parte, esta prueba únicamente permite acreditar que una determinada persona estuvo presente en el lugar de los hechos o en contacto con la víctima o con algún objeto relacionado con el delito. Sin embargo, dada su naturaleza indiciaria, no resulta suficiente por sí sola para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad.

[5] Manga Alonso, María Teresa. Visión jurisprudencial de la prueba de ADN en el proceso penal español. Diario LA LEY, Nº 10796, Sección Tribuna, 29 de Septiembre de 2025 LA LEY 12924/2025. p. 8.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La cadena de custodia constituye una cuestión que puede ser objeto de examen y contradicción durante el acto del juicio oral. Con este fin, las partes pueden pedir las comparecencias de las personas que intervinieron en la localización, recogida, identificación, conservación, embalaje, traslado y posterior análisis de los vestigios o muestras, así como su puesta a disposición judicial.

A través de sus declaraciones podrá conocerse de qué manera se desarrollaron tales actuaciones, en qué momento tuvieron lugar, quiénes participaron en ellas y cuáles fueron los protocolos aplicados en cada fase del proceso. Ello permite verificar la adecuación de la actuación a las disposiciones que regulan y en consecuencia, comprobar la corrección de la custodio de los elementos probatorios.

Por el contrario, cuando de la prueba practicada se desprendan inconsistencias, lagunas o discrepancias relevantes respecto de la conservación o manipulación de los vestigios, podrán suscitarse dudas razonables acerca de la integridad de la cadena de custodia, comprometiendo la credibilidad, autenticidad y fuerza probatoria de los indicios, efectos o piezas de convicción incorporados al procedimiento.

La jurisprudencia ha venido señalando que las posibles controversias relativas a la preservación o eventual quiebra de la cadena de custodia pueden ser esclarecidas en el acto del juicio oral mediante la declaración de la policía y de los especialistas forenses que participaron en la custodia, recogida, análisis y tratamiento de fuentes de prueba[6].

La localización, preservación y adecuada protección de los vestigios biológicos hallados en el escenario del crimen constituye una actuación esencial en cualquier investigación penal. Ello se debe a que el análisis del ADN representa, en la actualidad, el método de identificación forense de mayor precisión, al permitir la vinculación de una persona con unos determinados restos biológicos mediante índices de probabilidad extraordinariamente elevados.

No obstante, la presencia de una coincidencia genética no determina por sí sola la culpabilidad o inocencia del investigado. El resultado del análisis de ADN debe ser ponderado conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas en el procedimiento, integrándose dentro del conjunto de elementos de convicción sometidos a valoración judicial. Aunque se trata de una de las herramientas de investigación más eficaz y contundente al alcance de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, su fuerza probatoria ha de examinarse siempre en conexión con las demás circunstancias acreditadas en la causa[7].

[6] STS 195/2014, de 3 de marzo.

[7] LEAL MEDIAN, JULIO. Ruptura de la cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea. Diario La Ley, Nº 8846, Sección Doctrina, 19 de Octubre de 2016. p. 7.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. CONSENTIMIENTO ASISTIDO

El consentimiento prestado por la persona detenida ha de configurarse como un consentimiento asistido. De ahí que resulte exigible la presencia de asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos biológicos del detenido cuando dichas muestras sean precisas para la elaboración de su perfil genético. Debe destacarse que el término detenido resulta por sí sólo suficientemente expresivo de una situación de sujeción a la policía, circunstancia que difícilmente puede considerarse ajena a cualquier posible presión o condicionamiento. Precisamente para evitar cualquier duda sobre libertad de la decisión adoptada, se impone la intervención de un letrado.

No nos encontramos ante un investigado ni ante una persona sometida a un procesamiento sino ante un detenido. Y aun cuando se pretendiera extender esta consideración a los supuestos de detención judicial, resulta difícil concebir que el juez instructor acordarse una medida de esta naturaleza sin garantizar previamente la asistencia letrada mediante profesional designado libremente o mediante el nombramiento de uno de oficio[8].

En lo que respecta a la necesidad de asistencia letrada para que el consentimiento prestado por el detenido en orden a la práctica de una prueba de ADN y a su incorporación de su perfil genético a la bases de datos policiales resulte válido, mantiene su exigencia la Sala del Pleno en su acuerdo de 24 de septiembre de 2014.

Ello se afirma aun cuando se reitera que las intervenciones corporales encaminadas a la obtención de tales muestras poseen una intensidad mínima y cuando persiguen exclusivamente fines identificativos, no comportan una afectación relevante ni del derecho a la integridad física ni del derecho a la intimidad. Esta consideración se proyecta sobre los supuestos de identificación genética mediante el análisis de ADN no codificante, es decir, aquellos estudios que se limitan a determinar la identidad del sujeto sin proporcionar información relativa a otros rasgos, datos personales o características genéticas de la persona examinada[9].

Asimismo, se señala que la asistencia letrada no aparece expresamente prevista para este tipo de actuaciones cuando como dice el Tribunal Constitucional que otorgó valor probatorio a una muestra biológica obtenida sin autorización judicial y sin el consentimiento del afectado, al tratarse de vestigios abandonados de forma espontánea. Tal era el caso de las colillas de cigarrillos desechadas por el detenido en el calabozo mientras permanecía privado de libertad por hechos distintos o de un esputo expulsado ocasionalmente por el

8 STS de 23 de octubre de 2001.

9 MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS, Sobre la práctica judicial de obtención de ADN. Diario La Ley, Nº 8471, Sección Tribuna, 2 de Febrero de 2015.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

arrestado cuyo análisis genético fue posteriormente contrastado con los restos biológicos localizados en el escenario del crimen[10].

## V. CONCLUSIONES

La prueba de ADN se ha convertido en uno de los instrumentos de investigación más importantes dentro del proceso penal actual, debido a su capacidad identificativa extraordinaria y a su fiabilidad.

No obstante, para que esta prueba se válida y eficaz debe precisar la técnica empleada, siempre con el respeto de las garantías legales y constitucionales que rodean su obtención, conservación y utilización. La recogida de muestras biológicas debe llevarse a cabo con observancia de los derechos fundamentales de los afectados y conforme a los requisitos legalmente establecidos.

El consentimiento de la persona a la que se le va a someter a la toma de muestras biológicas será necesario para obtener muestras biológicas destinadas a la elaboración de su perfil genético. La jurisprudencia ha destacado la conveniencia de que dicho consentimiento cuente con la asistencia de letrado, reforzando así las garantías de libertad y voluntariedad en su prestación.

La intervención letrada constituye un mecanismo de protección frente a posibles dudas acerca de la validez del consentimiento otorgado en situaciones de privación de libertad. De esta forma se asegura que la decisión adoptada por el afectado sea plenamente consciente e informada.

Por otra parte, la identificación genética basada en ADN no codificante tiene una finalidad exclusivamente identificativa, sin proporcionar información relativa a características personales, médicas o hereditarias del individuo. Esta circunstancia reduce significativamente la incidencia de la medida sobre los derechos a la intimidad y a la integridad personal recogidos en nuestra Constitución Española como derechos fundamentales a proteger.

La incorporación de perfiles genéticos a bases de datos policiales exige igualmente la observancia de estrictos criterios de proporcionalidad y control. En este ámbito, la doctrina europea ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer límites temporales claros para la conservación de tales datos.

Los Estados están obligados a fijar períodos de almacenamiento determinados y razonables, evitando la conservación indefinida de información genética sin una justificación adecuada. Esta exigencia responde a la necesidad de equilibrar los intereses de la investigación criminal con la protección de los derechos fundamentales.

[10] STS, Sala 2.ª, de 11 de noviembre de 2014.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La fiabilidad de la prueba genética depende asimismo de la correcta preservación de los vestigios biológicos desde su hallazgo hasta su análisis definitivo. Por ello, la cadena de custodia constituye una garantía esencial para asegurar la autenticidad e integridad de las muestras.

La jurisprudencia ha admitido que la decisión judicial no puede descansar exclusivamente en la existencia de una coincidencia genética, sino que debe fundamentarse en el examen conjunto de todas las pruebas practicadas.

En definitiva, la prueba genética representa una herramienta científica de enorme utilidad para la persecución de los delitos y la identificación de sus autores. Sin embargo, su eficacia y legitimidad dependen del respeto a las garantías procesales, de la preservación rigurosa de la cadena de custodia, de la adecuada protección de los datos genéticos y de una valoración judicial conjunta con el resto de los elementos de prueba existentes en la causa.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ÚBEDA DE LOS COBOS, JULIO JOSÉ, La impugnación de la prueba de ADN por falta de asistencia letrada en la recogida de muestras del detenido (Análisis del Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014) Diario La Ley, Nº 8748, Sección Doctrina, 25 de Abril de 2016.

MARTÍNEZ CANTÓN, SILVIA, Recogida de datos biométricos y genéticos en el proceso penal: breve análisis de la STJUE C-205/21 de 26 de enero de 2023 al hilo de la Directiva 2016/680, Diario LA LEY, Nº 10237, Sección Tribuna, 27 de Febrero de 2023.

MANGA ALONSO, MARÍA TERESA. Visión jurisprudencial de la prueba de ADN en el proceso penal español. Diario LA LEY, Nº 10796, Sección Tribuna, 29 de Septiembre de 2025 LA LEY 12924/2025.

MUÑOZ SABATÉ, LLUÍS, Sobre la práctica judicial de obtención de ADN. Diario La Ley, Nº 8471, Sección Tribuna, 2 de Febrero de 2015

DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS. Prueba de ADN. Coincidencia de perfiles registrados en una base de datos de un tercer Estado Diario. LA LEY, Nº 9969, Sección Comentarios de jurisprudencia, 13 de Diciembre de 2021.

LEAL MEDIAN, JULIO. Ruptura de la cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea. Diario La Ley, Nº 8846, Sección Doctrina, 19 de Octubre de 2016.

STJUE C-205/21 de 26 de enero 2023.

STS, Sala 2ª, nº 4754/2022, de 16 de diciembre de 2022.

STS de 23 de octubre de 2001.

STS 542/2020, de 23 de octubre.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL HALLAZGO CASUAL EN LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL

*Marta del Carmen Luna Cantarero*

Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Badajoz

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Normativa internacional aplicable. III. Legislación nacional aplicable. IV. Jurisprudencia y doctrina aplicable. V. Conclusión. VI. Bibliografía y jurisprudencia*

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es sobre el denominado "hallazgo casual", así definido por la Doctrina y por la Jurisprudencia del Reino de España.

Dicho concepto es el referido al conocimiento de forma espontánea y sorpresiva de unos hechos, actos o indicios criminales en el seno de una investigación judicial iniciada bajo el manto de una resolución judicial motivada que, respetando el principio de especialidad y ponderando los de proporcionalidad, idoneidad y necesidad se ha sacrificado alguno de los Derechos Fundamentales de las personas investigadas.

Así pues, el hallazgo casual o el descubrimiento fortuito en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene especial relevancia por cuanto su origen trae causa en la injerencia en los Derechos Fundamentales de la persona, concretamente en los conocidos como personalísimos, ya que afectan al Derecho a la intimidad de la persona [honor, imagen, familia], a la inviolabilidad de su domicilio, al secreto de sus comunicaciones [telefónicas, epistolares, informáticas, etc.].

En el hallazgo casual se da especial relevancia, a los efectos de su investigación judicial, al momento en que se tiene conocimiento por la policía judicial y su dación de cuenta al órgano judicial instructor, pues afectará a su licitud como prueba de cargo obtenida o su nulidad, pues ha sido obtenida en el transcurso de la investigación para el esclarecimiento de otros hechos delictivos.

## II. NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE

1.- En primer lugar, hemos de referirnos a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en adelante Carta], la cual fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 07 de diciembre de 2000 en Niza [Italia], en donde se recogen los derechos civiles, políticos, jurídicos, sociales y económicos de los ciudadanos de la Unión Europea y es uno de cuatro Tratados constitutivos de la Unión Europea, fue

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

revisada el día 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo[1], siendo vinculante para los países de la Unión Europea [excepto Polonia y Reino Unido] tras la ratificación del Tratado de Lisboa en cada país internamente.

En el Reino de España, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa previamente en fecha 13 de diciembre de 2007.

En la Carta se regula como Derechos Fundamentales de toda persona de la Unión Europea el *Derecho a la libertad y a la seguridad*[2]; el *respeto de la vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*[3] que tiene como derecho Fundamental*;* así como que *toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo... a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley* y que *podrá hacerse aconsejar, defender y representar* y, si fuera el caso, *se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*[4].

2.- En segundo lugar, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el día 04 de noviembre de 1950 [en adelante CEDH], enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente y que el Reino de España firmó en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, ratificándose por Instrumento en fecha 26 de septiembre de 1979[5].

En el artículo 8 del Convenio se establece que *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*, así como a no *haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

1 BOE núm. 108 de 31/07/2008.
2 Artículo 6 de la Carta.
3 Artículo 7 de la Carta.
4 Artículo 47 de la Carta.
5 BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## III. LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE

1.- En primer orden, la Constitución Española de 1978, [en adelante CE] que fue aprobada por las Cortes Generales el día 31 de octubre de 1978 y proclamada por el Rey D. Juan Carlos I el día 27 de diciembre de 1978, entrando en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado[6].

En su artículo 18 de la CE como derecho fundamental de la persona, se reconoce y garantiza *el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, así como se declara que *el domicilio es inviolable* y que *ninguna entrada o registro podrá hacerse en este sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*, garantizándose *el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial* y, por último, ordena que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

Estos Derechos Fundamentales de todo ciudadano en territorio español, se protegerá por los poderes públicos y, en lo que afecta al presente estudio, al Principio de Tutela Judicial Efectiva recogido en el art. 24.1 de la CE, por cuanto que *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión* y 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 un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*, remitiéndose a regulación posterior *los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*.

2.- En segundo lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial, [en adelante LOPJ] que fue sancionada por el Rey D. Juan Carlos I y aprobada por las Cortes Generales, entrando en vigor en fecha 3 de julio de 1985, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En el artículo 11.1 de la LOPJ se establece que *en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe* y *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales,* debiendo *los jueces y juezas, así como los Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*, y *de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán*

[6] BOE núm. 311 de fecha 29/12/1978.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.*

3.- En tercer lugar, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Ministerio de Gracia y Justicia, publicada en la Gaceta de Madrid bajo número 260 el día 17 de septiembre de 1882.

En el aspecto procesal, el artículo 545 de la LECr., que inicia la regulación procesal contenida en su TÍTULO VIII, *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución,* en sus diferentes Capítulos en los que se contienen los requisitos de la entrada y registro en lugar cerrado[7], del registro de libros y papeles[8], de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica[9], interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipo informáticos[10], la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas[11,] la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos[12], utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización[13], el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información[14], el registro remotos sobre equipos informáticos[15] y, por último, las medidas de aseguramiento por cuanto orden de conservación de los datos obtenidos con la medida[16]. Dicho articulado responde a las exigencias jurisprudenciales de nuestros más altos Tribunales, Supremo y Constitucional, regulando los requisitos necesarios en la adopción de la autorización judicial para la injerencia en los Derechos personalísimos reconocidos constitucionalmente de las personas a investigar para el esclarecimiento de los hechos presuntamente ilícitos.

[7] Capítulo I. Art. 545 al 572 de la LECr.
[8] Capítulo II. Art. 573 al 578 de la LECr.
[9] Capítulo III. Art. 579 al 588 de la LECr.
[10] Capítulo IV. Art. 588.bis,a) al 588.bis, k) de la LECr.
[11] Capítulo V. Art. 588.ter, a) al 588.ter, m) de la LECr.
[12] Capítulo VI. Art. 588.quater, a) al 588.quater, e) de la LECr.
[13] Capítulo VII. Art. 588.quinquies,a) al 588.quinquies,c) de la LECr.
[14] Capítulo VIII. Art. 588.sexies, a) al 588.sexies, c) de la LECr.
[15] Capítulo IX. Art. 588.septies, a) al 588.septies, c) de la LECr.
[16] Capítulo X. Art. 588.octies de la LECr.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA APLICABLE

1.- En el ámbito supranacional el hallazgo casual es denominado como *descubrimiento fortuito*, siendo significativa la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [en adelante TJUE] en fecha 18 de junio de 2015, en el caso C-583/13-P, por todas.

En la misma se realiza un análisis de la normativa internacional aplicable que se ha mencionado en el epígrafe II del presente estudio en la que se resalta la necesidad de principio de proporcionalidad en la adopción de la medida judicial, siendo que la inexistencia de mandato judicial es una infracción del art. 8 del CEDH, así como que el control judicial posterior puede otorgarse siempre y cuando haya tenido conocimiento inmediato el órgano judicial instructor y no haya sido arbitrario, exigiéndose que el *"descubrimiento fortuito"* para que tenga plena validez en el acervo probatorio, haya tenido lugar en el ámbito de la delimitación concreta del objeto a investigar y la concreta finalidad de la investigación autorizada judicialmente, declarando la admisión del motivo declarado por la parte recurrente sobre el Error de Derecho alegado, literalmente que: *56. En cuanto al fondo, es preciso recordar que el artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 obliga a la Comisión a motivar la decisión por la que se ordena una verificación indicando el objeto y la finalidad de ésta, lo que, como ha precisado el Tribunal de Justicia, constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (sentencias Roquette Frères, EU:C:2002:603, apartado 47, y Nexans y Nexans Francia/Comisión, 37/13 P, EU:C:2014:2030, apartado 34).*

*57. Asimismo, de conformidad con el artículo 28, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003, la información obtenida durante las verificaciones no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en el mandato de verificación o en la decisión de verificación (véase, en este sentido, la sentencia Dow Benelux/Comisión, 85/87, EU:C:1989:379, apartado 17).*

*58. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó que tal exigencia pretende preservar, además del secreto profesional, mencionado expresamente en el citado artículo 28, el derecho de defensa de las empresas que el artículo 20, apartado 4, tiene por objeto garantizar. Este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas que, obtenidas durante una verificación, fuesen ajenas al objeto y a la finalidad de ésta (véase, en este sentido, la sentencia Dow Benelux/Comisión, 85/87, EU:C:1989:379, apartado 18).*

*59. En cambio, no puede llegarse a la conclusión de que esté prohibido que la Comisión incoe un procedimiento de investigación con objeto de verificar la exactitud o de completar las informaciones de las que hubiese tenido*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*conocimiento incidentalmente con ocasión de una verificación anterior, en el supuesto de que dichas informaciones indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado. En efecto, semejante prohibición iría más allá de lo que es necesario para preservar el secreto profesional y el derecho de defensa, por lo que constituiría un obstáculo injustificado al cumplimiento por la Comisión de su misión de velar por la observancia de las normas sobre competencia en el mercado común y de descubrir las infracciones de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia Dow Benelux/Comisión, 85/87, EU:C:1989:379, apartado 19).*

*60. De lo anterior resulta que, por un lado, la Comisión debe motivar la decisión por la que ordena una inspección. Por otro, en la medida en que la motivación de esta decisión circunscribe el ámbito de las facultades conferidas a los agentes de la Comisión, sólo pueden buscarse los documentos relativos al objeto de la inspección.*

*61. Ahora bien, en el caso de autos, tanto del apartado 162 de la sentencia recurrida como de las declaraciones de la Comisión en la vista, resulta que ésta informó inmediatamente a sus agentes, antes del desarrollo de la primera inspección, de la existencia de otra denuncia contra Deutsche Bahn en relación con su filial DUSS.*

*62. A este respecto, debe señalarse que si bien, como subrayó el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la eficacia de una inspección implica que la Comisión facilite a los agentes encargados de ésta, con carácter previo a la inspección, toda la información que les permita entender la naturaleza y el alcance de la posible infracción de las normas en materia de competencia y la información relativa a la logística de la propia inspección, toda esta información debe, no obstante, referirse exclusivamente al objeto de la inspección que se ha ordenado mediante decisión.*

*63. Sin embargo, pese a que el Tribunal General recordó correctamente, en el apartado 75 de la sentencia recurrida, que la decisión de inspección de la Comisión estaba sujeta a la obligación de motivación, es preciso manifestar que no consideró que, si la Comisión informaba, antes del desarrollo de la primera inspección, a sus agentes de la existencia de una denuncia adicional respecto a la empresa afectada, el objeto de dicha inspección, tal como figuraba en esa decisión, debía incluir también los elementos comprendidos en esa denuncia adicional.*

*64. Ahora bien, la citada información previa, no del contexto general del asunto, sino de la existencia de una denuncia independiente es ajena al objeto de la primera decisión de inspección. En consecuencia, la falta de referencia a la citada denuncia en el marco del objeto de esta decisión de inspección incumple la obligación de motivación y el derecho de defensa de la empresa afectada.*

*65. Asimismo, cabe observar que el Tribunal General, en el apartado 134 de la sentencia recurrida, indicó expresamente que el hecho de que la segunda decisión de inspección se adoptara durante el desarrollo de la primera inspección demuestra la importancia de las informaciones recabadas en esa ocasión para la puesta en marcha de la segunda inspección y que la tercera inspección se basó inequívocamente, en parte, en informaciones*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*recabadas durante las dos primeras inspecciones. Concluyó de ello que las condiciones en que las informaciones relativas a DUSS fueron obtenidas durante la primera inspección pueden afectar a la legalidad de las decisiones de inspección segunda y tercera.*

*66. Por tanto, la primera inspección incurría en irregularidad en la medida en que los agentes de la Comisión, que tenían previamente información ajena al objeto de la referida inspección, procedieron a la incautación de documentos fuera del ámbito de inspección tal como lo delimitó la primera decisión controvertida.*

*67. De todo lo anterior resulta que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al declarar, en el apartado 162 de la sentencia recurrida, que era legítimo informar a los agentes de la Comisión de la existencia de la denuncia relativa a DUSS con anterioridad a la primera decisión de inspección como dato del contexto general sin precisar tampoco las razones de ello, pese a que tal información previa no se inscribe manifiestamente en el marco del objeto de esa primera decisión de inspección y vulnera así las garantías que enmarcan las facultades de inspección de la Comisión.*

Es decir, se requiere que sobre los hechos contenidos en el descubrimiento fortuito no se tenga noticia *criminis* previa a la autorización judicial, pues de existir tal conocimiento se debían recoger en la resolución judicial para su plena efectividad como prueba de cargo sobre los hechos investigados. De esta manera, se justifica la intervención con injerencia en derechos fundamentales de las personas investigadas, así como la obtención lícita de la prueba y, de otra parte, que las personas investigados puedan comprender el alcance y deber de colaboración preservando el Derecho de Defensa que les ampara, de tal suerte que la información obtenida en el seno de la investigación no puede utilizarse para fines diferentes a los recogidos en el mandato de investigación, constituyendo un error de Derecho si los investigadores tenían conocimiento o sospecha previas de la noticia *criminis* hallada y no lo comunicaron a los implicados inicialmente para garantizar sus derechos fundamentales y, por tanto, la consecuencia es la nulidad de la prueba por haberla obtenido ilícitamente.

2.- En el ámbito nacional nos encontramos la Jurisprudencia de nuestros más Altos Tribunales, y que se puede concretar por relevantes, en:

2.1.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, por clarificador y sucinto, se debe mencionar en primer lugar:

2.1.1.- el Auto nº 400/2004, de 27 de octubre, sobre inadmisión del recurso de amparo interpuesto y, por relevante, el contenido de su Fundamento Jurídico Segundo, en el que declara que *la exigencia de nueva autorización judicial tras haberse descubierto en las escuchas la existencia de un delito distinto de aquél para cuya investigación se habían autorizado, … que pueden ser utilizados los hallazgos casuales producto de escuchas*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*para deducir actuaciones contra los que resultaren implicados en delito grave por las mismas, … la utilización en este caso del hallazgo casual ha resultado plenamente respetuosa con las exigencias que pudieran derivarse del reconocimiento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, puesto que aquél ha sido utilizado como mera "notitia criminis" que se ha hecho llegar inmediatamente al órgano judicial competente, sin que se haya procedido a continuar con unas escuchas que ya entonces no hubiesen tenido cobertura en el Auto de intervención citado.*

2.1.2.- la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional nº 181/1995, de 11 de diciembre, por todas, sobre secreto de comunicaciones, interceptaciones telefónicas y, entre otros, derecho a la tutela judicial efectiva[17] establece en sus Fundamentos Jurídicos 5 y 6 los requisitos de motivación y ponderación para la autorización judicial en conformidad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[18] en cuanto a la injerencia en los Derechos Fundamentales de la persona, dada la necesidad de motivación reforzada para sustentar el sacrificio de éstos en pro de la investigación judicial[19], y que esta injerencia ha de ser conforme a los Principios de legalidad y proporcionalidad[20], todo ello con la ponderación preventiva de los intereses en juego, evitando la nulidad de la prueba, por ilicitud de su obtención en el proceso, derivada de la vulneración de un Derecho Fundamental conforme al art. 11.1 de la LOPJ[21].

2.1.2.- la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en la que adquiere especial relieve la STS 548/2023, de 5 de julio por cuanto en ella se contiene, por explícita, el hallazgo causal, detallándose la diferenciación de este en cuanto prueba de cargo en el hecho investigado[22] y como origen de una nueva investigación o ampliación de la ya iniciada por el principio de especialidad de necesario cumplimiento en la motivación sobre la autorización judicial en la injerencia de los derechos fundamentales de los investigados para la finalidad de los hechos indiciariamente criminales a investigar por la policía judicial; así como sobre el *hallazgo inevitable* explicitado en la STS 184/2022, de 24 de febrero sobre la "conexión de antijuricidad" y la Doctrina del "fruto del árbol envenenado".

## V. CONCLUSIÓN

La enjundia del conocimiento de la *"notitia criminis"* en el seno de una investigación judicial de forma sorpresiva, lo que la Doctrina nacional ha denominado "hallazgo casual", es la licitud de su obtención de un

[17] STC 26/1981.
[18] STC 85/1994.
[19] SSTS 3/1992 y 13/1994.
[20] STC 37/1989.
[21] SSTC 62/1982 y SSTC 13/1985.
[22] STS 768/2007, de 1 de octubre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

lado y, de otro, cómo ha de instruirse para su esclarecimiento y posterior enjuiciamiento, si procede, del descubrimiento fortuito en palabras del TJUE, dada la intromisión en los Derechos Fundamentales de la Persona por cuanto investigados en causa criminal.

Por lo que hemos de determinar dos fases: una previa en la que se investiga por principio de especialidad unos hechos presuntamente ilícitos, concretos y determinados en la resolución judicial que ampara y justifica la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados como personalísimos y, la que se produce al tener conocimiento del hallazgo en el seno de dicha investigación previa, en la que se produce "de facto" una violación de dichos derechos y, en su consecuencia, la nulidad de la prueba incriminatoria obtenida, siendo este momento el núcleo del presente estudio.

Centrado el momento preciso del hallazgo causal es imprescindible que la Policía Judicial que lo descubre proceda a dar cuenta inmediata al órgano judicial instructor de la investigación criminal a fin de, si así procediera, dicte resolución motivada reforzada para la continuación de la investigación si se tratase de hechos conexos[23] a los inicialmente investigados o bien, si se tratase de hechos de distinta naturaleza o independientes, proceda a acordar deducir testimonio y remitirlo al órgano instructor competente para su averiguación y esclarecimiento, sien éste el competente para determinar si procediera la injerencia o no motivadamente.

Por tanto, a los efectos de poder ser incorporado en el acervo probatorio de la causa criminal en fase de enjuiciamiento, la medida adoptada ha de estar autorizada por una resolución judicial motivada reforzadamente, es decir, con sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la misma dada su injerencia en los derechos fundamentales de la/s persona/s que han de ser protegidos y salvaguardados por el órgano judicial instructor en conformidad con el Principio de la Tutela Judicial Efectiva reconocido en el art. 24.1 de nuestra Carta Magna así como en su vertiente de no causar indefensión a las personas investigadas, pues han de tener conocimiento de los hechos concretos y la finalidad de la investigación plena a fin de ejercer su defensa o colaborar en la investigación.

Es de resaltar que, las pruebas obtenidas en ese ínterin no han de ser incorporadas en el acervo probatorio hasta nueva resolución judicial motivada, reforzadamente, toda vez que se trata, como tan reiteradamente hemos relatado, de una injerencia de los Derechos de la persona reconocidos por normativa internacional y nacional, a fin de garantizar su plena efectividad en el Plenario ante el órgano judicial de enjuiciamiento.

En otro orden de cuestiones se concluye que el hallazgo causal ostenta plena prueba de cargo en la causa en la apareció en la inicial fase previa de su descubrimiento, sin perjuicio de ser origen de ampliación o nueva

[23] Art. 17.1 de la LECr.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

investigación o si éstas hubieran de determinase viciadas de ilicitud en su obtención en la causa posterior por falta de autorización judicial, ya por conexidad o independencia de la investigación.

No obstante, lo anterior, puede darse un hallazgo casual en un escenario sin el amparo de una motivación judicial inmediatamente posterior, y que pueda ser considerado plenamente considerado como prueba de cargo en la fase de enjuiciamiento sobre los hechos hallados. Si bien, en ese caso, será necesario la certeza ante el Tribunal de enjuiciamiento que la prueba de cargo sobre el hecho que dicho hecho ilícito hallado de forma casual se hubiera obtenido de cualquier forma y manera y sin vinculación a la investigación inicial. Estaríamos ante el denominado hallazgo inevitable y su desconexión con la antijuricidad apreciable entre una inicial injerencia ilícita en un Derecho Fundamental y el resultado probatorio después obtenido, es decir, la falta la conexión de antijuricidad del hecho tal y como se declara en la STS 184/2022 de 24 de febrero, pues de lo contrario, ha de declararse la nulidad de la prueba obtenida por ilicitud en su obtención y no puede sustentar una sentencia condenatoria basada en ella de las personas encausadas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

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.

GIMENO SENDRA, V. Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, A; Prólogo de PICÓ I JUNOY J. Las diligencias policiales y su valor probatorio, Bosch, Barcelona, 2014.

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

STS TJUE, 18 de junio de 2015, caso C-583/13-P.

STS TJUE, DOW BENELUX/Comisión, 85/87, EU:C:1989:379, apartado 19.

AUTO TC Nº 400/2004, DE 27 de octubre.

SSTC, Sala I, nº 181/1995, de 11 de diciembre, nº 26/1981, Nº 85/1994, Nº 37/1989, Nº 62/1982, Nº 13/1985.

SSTS, Sala II, nº 3/1992, nº 13/1994, 768/2007, de 1 de octubre, nº 548/2023, de 5 de julio y nº 184/2022, de 24 de febrero.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN EL PROCESO PENAL: DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL A SU REGULACIÓN LEGAL E INTERPRETACIÓN TRAS LA LO 13/2015

*Jaime Montero Román*

Abogado

**SUMARIO:** *I. Introducción: objeto y planteamiento del trabajo. II. La situación anterior a la LO 13/2015. III. La regulación de las medidas tecnológicas tras la aprobación de la LO 13/2015. 1. Disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológica. a) Ámbito de aplicación y autorización judicial. b) Principio de especialidad y prohibición de investigaciones prospectivas. c) Principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad. d) Proporcionalidad y graduación de la injerencia. e) Solicitud de adopción de la medida. f) Audiencia del Ministerio Fiscal. g) Motivación judicial y contenido del auto habilitante. h) Duración, prórroga y control judicial. i) Hallazgos casuales y modificación del objeto de la investigación. 2. Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas. 3. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos. 4. Captación de imágenes y empleo de dispositivos de seguimiento y localización. 5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo y registro remoto de equipos informáticos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

Hasta hace relativamente poco, las diligencias de investigación que suponían una injerencia en la intimidad de los ciudadanos tenían como soporte el contenido del propio art. 18 CE, unido a las disposiciones previstas en nuestra LECrim para determinadas medidas de investigación clásicas, también limitativas de derechos, como eran las entradas en domicilio, el registro de papeles o la intervención de las comunicaciones telegráficas y postales. En torno a estos elementos se había creado toda una jurisprudencia aplicable, por ejemplo, a la intervención de las comunicaciones telefónicas, que inicialmente no venía específicamente regulada.

Precisamente, fue mediante la LO 4/1988, de 25 de mayo, a través de la cual se incorporó al art. 579 LECrim la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas, de forma bastante incompleta, y no será sino con la aprobación de la LO 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que es objeto del presente trabajo, cuando se producirá la regulación normativa sistemática de las medidas de investigación de índole tecnológica.

Hasta ese momento la regulación de las medidas de investigación que afectaban a los derechos contemplados en el art. 18 CE, derivaba esencialmente de una construcción jurisprudencial que exigía, para legitimar la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

injerencia en los derechos del art. 18 CE, la existencia de indicios objetivos que superasen la mera sospecha, referidos a un delito de cierta gravedad, así como la necesidad de su adopción mediante resolución motivada, que además debería establecer los ámbitos subjetivo, objetivo y temporal de la injerencia, así como un posterior control judicial de la misma.

Por ello, en el presente trabajo pretendemos exponer, en un primer apartado, la situación previa a la reforma operada por la citada LO 13/2015: el contexto en el que se produce la construcción jurisprudencial que, en gran parte, acaba positivizándose en la regulación introducida por LO 13/2015. Después, analizaremos la propia reforma, estudiando someramente la regulación introducida por el legislador, así como la posterior interpretación que de la misma realizan las Circulares dictadas por la Fiscalía General del Estado (Circulares 1 a 5/2019[1], todas ellas de 6 de marzo), el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Finalmente, realizaremos una valoración del cuerpo legal y jurisprudencial creado a partir de todos estos elementos en los 10 años que la norma lleva en vigor.

## II. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LO 13/2015

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras c. España[2], referida a la regulación previa a la reforma operada por LO 4/1988, señaló que "algunas de las condiciones derivadas del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la «ley» y garantizar así el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas ni en el artículo 18.3 de la Constitución ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...), en particular, la definición de las categorías de personas cuyas líneas telefónicas pueden ser intervenidas por orden judicial; la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a dicha orden judicial; la duración máxima de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción resumida de las conversaciones interceptadas, así como el uso y la destrucción de las grabaciones realizadas".

De este modo, el TEDH ponía el acento en la insuficiente (por no decir inexistente) regulación legal en nuestro derecho de las medidas de investigación limitativas de los derechos contemplados en el art. 18 CE.

En aplicación de dicha doctrina, se dictó por el Tribunal Constitucional la sentencia nº 49/1999, de 5 de abril[3], que sistematizó los requisitos para la adopción de la medida de intervención telefónica que posteriormente

[1] Fiscalía General del Estado, Circulares 1 a 5/2019, todas ellas de 6 de marzo de 2019, publicadas en el BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2019, refs. BOE-A-2019-4240 a BOE-A-2019-4244.

[2] TEDH, *Valenzuela Contreras c. España*, Sentencia de 30 de julio de 1998, demanda núm. 27671/95.

[3] STC 49/1999, de 5 de abril, Pleno, recursos de amparo núms. 195/1995, 254/1995, 255/1995, 256/1995, 257/1995 y 260/1995, acumulados, ECLI:ES:TC:1999:49, BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

exigiría la jurisprudencia: existencia de indicios objetivos (más que meras sospechas, pero menos que los indicios racionales exigibles para el procesamiento), conexión entre la persona afectada y el delito investigado, proporcionalidad de la medida, resolución judicial motivada, determinación de su alcance, y control judicial efectivo durante la ejecución.

Sin embargo, la regulación jurisprudencial no podía suplir completamente las insuficiencias de la regulación legal introducida por la LO 4/1988, tal y como puso de manifiesto el TEDH en sentencia posterior a dicha reforma, de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España[4]: "[L]as garantías introducidas por la ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal (...). Ocurre así con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de redacción de las actas de síntesis que consignan las conversaciones interceptadas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del secretario del tribunal. Estas insuficiencias afectan también a las precauciones que deben tomarse para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los efectos de un control eventual por parte del juez y de la defensa."

Con posterioridad a la citada sentencia del TEDH se volvió a dictar una sentencia por el Tribunal Constitucional, en este caso la STC 184/2003, de 23 de octubre[5], que expresaba perfectamente la disyuntiva a la que se enfrentaba el propio órgano constitucional.

En efecto, tras recordar la jurisprudencia del TEDH acerca de la necesidad de una regulación suficiente por Ley que cumpliera los estándares de previsibilidad y confianza que derivaban del art. 8 del Convenio, realizaba la siguiente reflexión:

"El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal –art. 579 LECrim– que agravaría el defecto mismo –la falta de certeza y seguridad jurídicas–, al producir un vacío mayor. Los intereses constitucionalmente relevantes que con el art. 579.3 LECrim se tutelan se verían absolutamente desprotegidos por cuanto aquella declaración podría comportar, cuando menos, la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad. De esta suerte, y en el contexto de un proceso de amparo en el que ya se ha satisfecho la pretensión principal de los recurrentes, no podemos dejar de advertir que el resultado de inconstitucionalidad al que se llegase entraría en conflicto con las exigencias mismas del art. 18.3 CE, pues dejaríamos el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de

[4] TEDH, *Prado Bugallo c. España*, Sentencia de 18 de febrero de 2003, demanda núm. 58496/00.

[5] STC 184/2003, de 23 de octubre, Pleno, recurso de amparo núm. 4857-2001, ECLI:ES:TC:2003:184, BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2003.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el art. 579 LECrim hasta tanto el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal."

Sin embargo, la progresiva integración jurisprudencial de las deficiencias normativas llegó a ser reconocida por el propio TEDH, por ejemplo en la decisión de inadmisión de 25 de septiembre de 2006, asunto Abdulkadir Coban c. España[6], en la que el TEDH afirmó que el artículo 579 LECrim, interpretado conjuntamente con el cuerpo de jurisprudencia desarrollado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ofrecía un conjunto suficientemente claro y detallado de garantías, aunque siguiera siendo deseable su regulación expresa a través de la ley.

Ahora bien, debe igualmente destacarse que esta construcción jurisprudencial, avalada por el TEDH, tenía sus límites, como puso de manifiesto la STC 145/2014, de 22 de septiembre[7], que declaró vulnerado el secreto de las comunicaciones de los investigados por la grabación mediante dispositivos ocultos de las conversaciones mantenidas por los detenidos en dependencias policiales, al considerar que el entonces vigente artículo 579 LECrim, referido a las comunicaciones telefónicas, no constituía una habilitación legal suficiente para la adopción de una medida de características distintas como la que fue objeto de impugnación.

Por todo ello, podemos concluir que la promulgación de la LO 13/2015 pretende solucionar un doble problema:

Por un lado, la insuficiencia de la regulación legal de las intervenciones telefónicas contenida en el art. 579 LECrim, que había sido completada jurisprudencialmente, tal y como hemos visto. A este respecto, la propia norma incorpora una parte esencial de la construcción jurisprudencial anterior, refiriendo expresamente los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, así como una regulación detallada de la solicitud, resolución, duración, prórroga, control, cese y tratamiento de los resultados, elementos que habían sido ya definidos jurisprudencialmente.

Por otro lado, ante el surgimiento de nuevas realidades tecnológicas que exigían una regulación de medidas de investigación no previstas en la LECrim, como la captación de conversaciones presenciales, la geolocalización mediante dispositivos, el acceso a teléfonos y ordenadores, o el registro remoto de sistemas

[6] TEDH, *Abdulkadir Coban c. España*, Decisión de inadmisión de 25 de septiembre de 2006, demanda núm. 17060/02.
[7] STC 145/2014, de 22 de septiembre, Sala Segunda, recurso de amparo núm. 6157-2010, ECLI:ES:TC:2014:145.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

informáticos, la nueva norma viene a realizar una regulación detallada de las diferentes modalidades de investigación tecnológica, evitando con ello la necesidad de acudir a una regulación por analogía.

A dicha regulación legal dedicaremos el apartado siguiente.

## III. LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS TRAS LA APROBACIÓN DE LA LO 13/2015

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, en lo que a la presente reforma concierne, se estructura en dos grandes bloques: por un lado, fija un marco común para todas las diligencias, referido a la necesidad de motivación de la resolución judicial, el control de su desarrollo, o los plazos de duración de las mismas; por otro lado, la norma dedica capítulos específicos a detallar cada medida tecnológica.

A efectos de interpretación de la nueva norma, la Fiscalía General del Estado dictó el 6 de marzo de 2019 cinco circulares simultáneamente, la primera de ellas referida a la parte común, y las restantes destinadas a las particularidades de cada medida concreta.

Seguiremos en el presente trabajo la misma sistemática de la reforma, abordando en primer lugar las disposiciones comunes, y ahondando en la interpretación que, a través de la Circular 1/2019, realiza la Fiscalía General del Estado, papel interpretador que igualmente ha desarrollado la jurisprudencia, para después adentrarnos en cada una de las medidas tecnológicas reguladas en la norma.

### 1. Disposiciones comunes a las medidas de investigación tecnológicas

#### *a) Ámbito de aplicación y autorización judicial*

Los artículos 588 bis a) a 588 bis k) LECrim establecen un régimen común para las medidas tecnológicas reguladas en los capítulos V a IX del Título VIII. El ámbito de aplicación de estas es la investigación penal, pues como precisa la Circular 1/2019, se trata de diligencias destinadas a la instrucción de causas penales o, cuando la ley lo permita expresamente, a actuaciones de investigación preprocesal.

El legislador parte, en art. 588 bis a) LECrim, de la necesidad de autorización judicial como regla general, si bien la propia norma admite excepciones, casi siempre sometidas a un régimen de validación posterior judicial, que estudiaremos en cada concreta medida.

La novedad, sin embargo, reside en que el legislador incorpora a la regulación los requisitos y elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de autorizar la medida, expresándose en el artículo 588 bis a) el sometimiento de dichas medidas a la concurrencia de los principios de especialidad, idoneidad,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad que, como se ha señalado, habían sido elaborados previamente por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

***b) Principio de especialidad y prohibición de investigaciones prospectivas***

El principio de especialidad exige que la medida tecnológica esté asociada a la investigación de un delito concreto, prohibiéndose por ello la denominada *fishing expedition* o investigación prospectiva.

La Circular 1/2019 matiza sin embargo la idea, al señalar, con cita de la STS n.º 412/2011, de 11 de mayo[8], que «el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias». Así, por ejemplo – continúa la Circular, no se infringe este principio en el caso de que varíen las circunstancias de comisión del delito que inicialmente fueron previstas, como ocurre en los casos de tráfico de droga cuando se incauta una sustancia diferente a la que originariamente se investigaba o cuando el sistema utilizado para traficar con la sustancia es diferente al inicialmente previsto (se introduce droga en un velero y no en un contenedor).

Dos sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la promulgación de la norma dibujan los contornos, positivo y negativo, de esta exigencia.

La primera de ellas, STS nº 141/2020, de 13 de mayo[9], declaró nula la autorización judicial de instalación de un dispositivo de localización por GPS en un vehículo, atendiendo a que una confidencia anónima no corroborada mediante datos objetivos, los antecedentes policiales del investigado, o la efectiva constatación de la existencia de unos desplazamientos que podían corresponderse con una finalidad licita no constituían una base objetiva suficiente para sacrificar el derecho a la intimidad. La circunstancia de que en el registro posterior se encontrara droga no sana el defecto inicial, pues la legitimidad de la medida debe situarse con los datos que se conocen *ex ante* y no *ex post*.

La segunda sentencia que debemos referir es la STS 54/2024, de 18 de enero (asunto del robo de las botellas del Hotel Atrio)[10]. La citada resolución validó la autorización judicial para recabar los datos correspondientes

[8] Sala Segunda, núm. 412/2011, de 11 de mayo, recurso de casación núm. 1951/2010, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2011:3088.
[9] Sala Segunda, núm. 141/2020, de 13 de mayo, recurso de casación núm. 2749/2018, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2020:881.
[10] STS, Sala Segunda, núm. 54/2024, de 18 de enero, recurso de casación núm. 10779/2023-P, ponente Excma. Sra. D.ª Susana Polo García, ECLI:ES:TS:2024:173.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a los terminales conectados a las estaciones base que cubrían la zona del hotel durante la franja temporal en la que se había cometido el delito, afectando potencialmente a un elevado número de usuarios.

En este caso, el Tribunal Supremo descartó que se tratara de una investigación prospectiva, dado que no se pretendía analizar indiscriminadamente las comunicaciones de los ciudadanos, para averiguar si alguno de ellos había cometido un delito, sino que se conocía la existencia de un delito concreto (el robo de las botellas), y es en el marco de dicha investigación en la que se utilizaban los datos recabados para identificar a sus autores

La comparativa de ambas sentencias permite, a nuestro juicio, perfilar de modo práctico el principio de especialidad tras la aprobación de la reforma estudiada.

***c) Principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad***

El principio de idoneidad viene referido a la utilidad de la medida, y se refiere, según la propia norma, a que pueda racionalmente preverse que aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

El principio de excepcionalidad tiene un marcado carácter general que es complementado con el principio de necesidad mediante la ponderación concreta de la medida en relación con las circunstancias del caso particular. Como resalta la Circular 1/2019, el vínculo existente entre ambos principios explica que el legislador haya querido definirlos conjuntamente a través de dos supuestos que pueden darse de manera alternativa, de forma que la concurrencia de cualquiera de ellos permitiría justificar el cumplimiento de ambos principios.

En concreto, dispone el art. 588 bis a, apartado 4 LECrim, que: «En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad sólo podrá acordarse la medida:

**a.** cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b. cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida».

***d) Proporcionalidad y graduación de la injerencia***

Según el apartado 5 del art. 588 bis a: «Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».

Como resalta la Circular, desde el punto de vista sistemático, el precepto se estructura mediante una primera definición del principio de proporcionalidad, en el que deben valorarse, por un lado, los «derechos e intereses afectados por la medida», es decir, los de la persona implicada, y por otro, el «interés público y de terceros». Seguidamente, la norma describe los criterios para realizar una valoración de lo que deba entenderse por «interés público». A tal efecto, se citan, en primer lugar, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, que podrán concurrir cumulativamente o no y, a continuación, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido, cuya concurrencia conjunta es ineludible.

***e) Solicitud de adopción de la medida***

El art. 588 bis b) exige que quien solicite la medida (Ministerio Fiscal o Policía Judicial) proporcione al Juez los elementos necesarios para poder valorar la procedencia de la medida: descripción del hecho investigado, identidad del investigado y demás afectados cuando sean conocidos, indicios existentes, razones que justifican la necesidad, extensión de la diligencia, forma de ejecución, duración solicitada y unidad policial encargada, entre otros extremos.

La Circular 1/2019 destaca la importancia de que la solicitud contenga los elementos fácticos que permitan a la autoridad judicial realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad, algo especialmente relevante cuando la motivación del auto se realice por remisión a la propia solicitud, tal y como la propia Circular, citando la jurisprudencia del TS, admite: "Sobre este particular señala la STS n.º 745/2015, de 23 de noviembre[11]: «La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (…) Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (…) contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad»".

Por último, en este apartado, hay que señalar que la propia norma prevé la posibilidad de que la medida se adopte de oficio, y no a instancia de alguna de las personas legitimadas, incluyendo en este punto la Circular

[11] Sala Segunda, núm. 745/2015, de 23 de noviembre, recurso de casación núm. 1119/2014, ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Touron, ECLI:ES:TS:2015:5415.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el supuesto en el que partes que inicialmente no lo estarían, como las acusaciones populares o particulares, propusieran al Instructor la adopción de la medida.

***f) Audiencia del Ministerio Fiscal***

La Circular 1/2019 otorga gran importancia a dicho traslado previo, en la medida en que permitirá al Ministerio Público, como garante de la legalidad, comprobar la concurrencia de los presupuestos materiales que permiten la adopción de la medida. Ahora bien, la propia Circular señala que la ausencia de dicho traslado previo constituirá una irregularidad procesal, y no necesariamente una vulneración de los derechos constitucionales de las personas afectadas por la medida, salvo que vaya "unido a otras circunstancias que también denoten falta de control, como sería, por ejemplo, la absoluta ausencia de intervención del Ministerio Fiscal en la pieza separada de la medida de investigación tecnológica".

Recuerda la propia Circular que dicho traslado previo no será necesario en el supuesto de que sea el Ministerio Público quien inste la adopción de la medida.

***g) Motivación judicial. Contenido del auto habilitante***

Como señala la Circular 1/2019, la necesidad de auto para la adopción de medidas de investigación tecnológica viene impuesta por el art. 141 LECrim al indicar que las resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán autos cuando afecten a un derecho fundamental.

En el ámbito objetivo, la resolución habrá de contemplar «el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida».

En el ámbito subjetivo, deberá incorporar «la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido», supliéndose la identificación por los datos de los que se disponga cuando no sean conocidas las identidades.

Lo importante – señala la Circular - es que el ámbito del derecho fundamental aparezca delimitado en relación con una o varias personas vinculadas con el hecho delictivo, independientemente de que la concreción se consiga mediante su identidad real, supuesta o ficticia o de datos objetivos que permitan su individualización.

La reforma admite también la posibilidad de la afectación de derechos de terceros distintos del investigado (cualquier otro afectado por la medida). Se tratará, por ejemplo, de aquellos que mantengan comunicaciones con el investigado (en el caso de intervenciones telefónicas o telemáticas o grabación de comunicaciones orales), quienes le acompañen (cuando se utilicen dispositivos técnicos de seguimiento) o quienes compartan con él dispositivos o repositorios de almacenamiento de datos (en el caso de los registros de dispositivos de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

almacenamiento o equipos informáticos). Es la denominada «vía indirecta» que ya venía siendo admitida por doctrina jurisprudencial que, no obstante, señala la Circular, obligará a "incluir una motivación reforzada en la resolución judicial que justifique la medida".

***h) Duración, prórroga y control judicial***

Como señala la Circular 1/2019, la duración máxima de la medida vendrá siempre delimitada por las previsiones expresas contenidas en su regulación particular: tres meses de duración máxima inicial prorrogable hasta un límite de dieciocho meses, para la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas –según el art. 588 ter g)– y para la utilización de dispositivos de seguimiento y localización –según el art. 588 quinquies c)– y un mes de duración máxima inicial prorrogable hasta un límite de tres meses, para los registros remotos sobre equipos informáticos –art. 588 septies c)–.

La duración concreta de la medida va a depender siempre de las circunstancias concurrentes en cada caso que fundamenten su idoneidad (art. 588 bis a.3) desde la perspectiva de los principios rectores (excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad). Nunca debe olvidarse que el art. 588 bis e.1 establece que «no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos».

La resolución deberá fijar, por tanto, un plazo inicial de duración justificado por la idoneidad de la medida, conforme a los citados principios rectores. Lo anterior también es predicable en el caso de las prórrogas.

Del mismo modo, la Circular rechaza la posibilidad de otorgar una prórroga retroactiva que cubra un periodo durante el que la intervención había quedado sin autorización.

Por último, en lo que concierne al control judicial de la ejecución de la medida, la Policía Judicial debe informar periódicamente al juez sobre el desarrollo y resultados de la diligencia. La Circular 1/2019 configura esta dación de cuenta como un elemento sustancial de la regulación, de tal forma que "la simple omisión [de la expresión en el auto de la forma y periodicidad con que debe informarse al Juez] no necesariamente afecta a la validez de la medida si ha existido efectivo control judicial; si no se lleva a efecto -a pesar de expresarse en la resolución la forma y periodicidad de la dación de cuenta-, [la medida] podría resultar nula."

***i) Hallazgos casuales y modificación del objeto de la investigación***

Como señala la Circular 1/2019, cualquier medida de investigación que se desenvuelva en ámbitos de privacidad del investigado va a revelar numerosos datos íntimos y, entre ellos, tanto la actividad delictiva que se investiga –que es la que justifica la medida– como otras diferentes en las que haya o esté participando, pero el principio de especialidad impide que los nuevos hechos delictivos resulten amparados por la resolución

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

judicial, por lo que la jurisprudencia había venido considerando los mismos como *notitia criminis* que habría de ser inmediatamente puesta en conocimiento de la autoridad judicial, distinguiéndose según se tratara de delitos conexos –en los que resolvería el propio Juez que supo del hallazgo casual– o no conexos –que se remitirían al Juez competente para que, en su caso, incoara un nuevo procedimiento.

Toda esta doctrina jurisprudencial ha sido incorporada a la LECrim en el art. 579 bis -dentro de la regulación de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica-, al que se remite el art. 588 bis i) para los casos de hallazgo casual en el curso de una medida de investigación tecnológica.

La resolución habilitante del procedimiento matriz legitima el hallazgo, pero no la continuación de la medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales que deberá ajustarse a la regla general, por lo que resulta necesario que el Juez compruebe la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento (art. 579 bis.3).

## 2. Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas

La interceptación de las comunicaciones telefónicas es precisamente la medida sobre la que históricamente pivotó la doctrina jurisprudencial examinada en el apartado anterior. Tras la reforma se ha sustituido la sintética regulación que contenía el art. 579 LECrim por una mucho más detallada, comprendida en los arts. 588 ter a) a 588 ter m) de la LECrim, a cuyo análisis dedica gran parte la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2019.

Así, señala la Circular que la intervención puede acordarse para la investigación de los ilícitos previstos en el artículo 579.1 LECrim —delitos dolosos castigados con pena cuyo límite máximo sea, al menos, de tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo— además de para los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación o servicio de comunicación. El cumplimiento de este requisito no exime, no obstante, de la concurrencia de los principios generales de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad antes examinados.

En cuanto a los elementos objetivos, deberá precisar el Juez si la intervención queda limitada a las comunicaciones orales que puedan sostenerse a través del terminal telefónico o se incluyen también los intercambios de mensajes cortos (SMS), correo electrónico o mensajes multimedia (MMS). Igualmente deberá precisarse si la intervención se extiende, además de al contenido de la comunicación, a los datos de tráfico o asociados, o a aquellos que se produzcan con independencia del establecimiento de una comunicación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En orden a delimitar el alcance de lo que deba entenderse por datos electrónicos de tráfico o asociados, el último párrafo del art. 588 ter b) se encarga de precisar que serán «todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

Es relevante, por otro lado, que el artículo 588 ter m) permite que el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten directamente al prestador la identificación del titular de un número telefónico o, inversamente, los números asociados a una persona identificada.

Del mismo modo, cuando resulte necesario identificar el terminal o dispositivo para posteriormente solicitar su intervención, la Policía puede emplear medios técnicos para captar los códigos IMSI e IMEI, y ponerlos después en conocimiento del juez al solicitar la medida.

Sin embargo, cuando para conocer la identidad sea necesario que el prestador relacione la dirección IP empleada en una comunicación con sus archivos, el artículo 588 ter k exige autorización judicial.

En cuanto al ámbito subjetivo, el artículo 588 ter b) permite intervenir los terminales o medios de comunicación que el investigado utilice habitual u ocasionalmente, con independencia de su titularidad formal.

De hecho, el artículo 588 ter c) permite incluso intervenir las comunicaciones de terceros cuando existan datos que permitan afirmar que el investigado se sirve de ellos para transmitir o recibir información, cuando el titular colabora con aquel en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad, o ante la utilización telemática maliciosa del terminal sin conocimiento de su titular, exigiéndose por la Circular 1/2019 una motivación “reforzada” en estos casos.

La duración máxima inicial que se fija para la medida es de tres meses, prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta un máximo de dieciocho. La extensión de la medida, tanto en su plazo inicial como en el cómputo global, deberá estar fundamentada en los principios rectores del art. 588 bis a). De esta forma, por ejemplo, para fijar un plazo inicial que alcance los tres meses de duración máxima, deberá justificarse la necesidad de esa extensión en el caso concreto, así como su proporcionalidad.

Por último, la Policía Judicial debe poner a disposición judicial las transcripciones de los pasajes que considere relevantes, junto con los datos necesarios para conocer el origen y destino de las comunicaciones, pero ello no exime de la aportación de las grabaciones íntegras, lo que según la Circular constituye una garantía esencial para la salvaguarda del derecho de defensa.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 3. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos

Los artículos 588 quater a) a 588 quater e) LECrim vienen a regular esta modalidad de intervención de comunicaciones cuya ausencia había determinado, como vimos, la declaración de vulneración del secreto de las comunicaciones en la comentada STC 145/2014.

La Circular 3/2019, de 6 de marzo, dedicada a esta novedosa medida, destaca que la captación de comunicaciones orales puede afectar simultáneamente al secreto de las comunicaciones, la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad domiciliaria, lo que obliga a graduar especialmente la motivación en función del lugar y de la información que se pretende obtener.

Así, la Circular considera que un encuentro puede entenderse suficientemente concretado mediante la combinación de lugar, personas y momento o lapso temporal, sin que sea necesario conocer la fecha y hora exactas si existen indicios que permitan prever que el encuentro tendrá lugar dentro de un periodo suficientemente determinado. En el caso de encuentros periódicos, usuales en el caso de organizaciones o grupos criminales, señala la Circular que, si puede concretarse el lugar y las personas asistentes a la reunión, bastaría con la aportación de indicios fundados acerca de la previsibilidad de esos encuentros.

La sentencia TS nº 718/2020, de 28 de diciembre[12] analiza esta medida investigativa, y señala que debe estar específicamente vinculada a una expectativa de reunión: "Como es lógico no son descartables situaciones en las que la previsibilidad de ese encuentro no pueda fijarse con la exactitud deseada. En esos casos -sólo en esos- será posible la fijación de un breve período de tiempo en el que el encuentro pueda llegar a tener lugar. Pero un arco cronológico de un mes es la mejor evidencia de que no existen datos suficientes que justifiquen violentar la intimidad domiciliaria.". Dicha sentencia anula la resolución judicial habilitante, afirmando taxativamente que la regulación actual "no avala, desde luego, una resolución habilitante que fije un período abierto de duración de la injerencia, desconectado de la específica mención de los encuentros que aspiran a ser grabados y, lo que es igualmente grave, sin indicación expresa de aquellos lugares de la vivienda que van a quedar afectados por la intromisión".

Sin embargo, y por contraste, la posterior STC 99/2021, de 10 de mayo[13], descarta acordar la nulidad de una medida de captación y grabación de comunicaciones orales en el interior de dos vehículos, autorizada por tres

[12] STS, Sala Segunda, núm. 718/2020, de 28 de diciembre, recurso de casación núm. 10289/2020-P, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2020:4436.
[13] STC, Sala Primera, núm. 99/2021, de 10 de mayo, recurso de amparo núm. 7436-2019, ponente Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, ECLI:ES:TC:2021:99, BOE de 15 de junio de 2021, BOE-A-2021-10012.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

meses, considerando que la medida se encontraba suficientemente delimitada atendiendo al lugar, los sujetos, la investigación criminal y la previa constatación de reuniones en aquellos vehículos.

En este caso, la concreción no se vincula específicamente a encuentros determinados, sino a un plazo en el que los mismos deben producirse: "la inclusión en la norma de la posibilidad que la intervención abarque varios encuentros permite una interpretación según la cual la medida, excepcionalmente, puede quedar definida con un alcance temporal determinado; esto es, mediante un plazo durante el cual es previsible que tales encuentros se produzcan. En tal caso, el cese definitivo de la medida de investigación no vendrá determinado por la clausura de cada uno de los encuentros objeto de la intervención sino por la terminación de los que tengan lugar en ese periodo".

Esta evolución jurisprudencial ha sido expresamente recogida en la reciente STS 241/2026, de 25 de marzo[14], cuando señala que "si bien las primeras interpretaciones jurisprudenciales del artículo 588 quater b) LECrim abogaban por una aplicación estricta, exigiendo que la medida se limitara a encuentros concretos y que los dispositivos se desconectaran tras cada uno de ellos, esta posición ha sido matizada por una línea jurisprudencial más reciente. Así, la STC 99/2021, de 10 de mayo, en consonancia con la STS 718/2020, de 28 de diciembre, ha reconocido expresamente la posibilidad de fijar un plazo de duración para la medida de sonorización, de modo que esta no debe cesar tras cada encuentro individual, sino al finalizar el conjunto de encuentros para el que fue autorizada."

Es relevante igualmente de esta sentencia que descarta la nulidad de la sonorización, invocada por una de las defensas, ante la circunstancia de haberse efectivamente producido cinco meses después de la fecha del auto habilitante, que lo autorizaba por treinta días. Señala la sentencia que, como quiera que el propio auto habilitante establecía como *dies a quo* el momento de efectiva instalación del dispositivo, dada la dificultad operativa de su colocación, que exigía la expedición de un duplicado de las llaves para su colocación en el interior, no se había vulnerado el contenido del referido auto.

Por último, en lo que concierne al elemento subjetivo, refiere la Circular que la medida debe recaer sobre el investigado: no será posible, de manera análoga a lo que autoriza el art. 588 ter c) para la interceptación de comunicaciones, captar o grabar conversaciones de un tercero del que se sirva el sujeto investigado para transmitir o recibir información o que colabore con el investigado o que se beneficie de su actividad. En estos

[14] STS, Sala Segunda, núm. 241/2026, de 25 de marzo, recurso de casación núm. 8231/2023, ponente Excma. Sra. Doña Carmen Lamela Díaz, ECLI:ES:TS:2026:1369.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

casos, o se convierte a este tercero en investigado, justificando en la resolución judicial que autorice la medida las sospechas que pudieran existir sobre él, o no se podrán captar o grabar sus comunicaciones orales directas.

### 4. Captación de imágenes y empleo de dispositivos de seguimiento y localización

Respecto de la primera de las medidas, el art. 588 quinquies a) autoriza a la Policía Judicial a obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos, permitiendo en su segundo inciso la afectación de personas diferentes del investigado, bien sea por su relación con el mismo, bien por la utilidad que pueda tener para la investigación.

A este respecto, la Circular 4/2019 señala que la expresión "lugar o espacio público" incluye aquellos en los que el investigado no pueda ejercer su derecho a la intimidad, donde no pueda reservar al conocimiento de los demás lo que está sucediendo al no disponer de ningún derecho de exclusión sobre ese lugar. Se contrapone este concepto al de lugares privados, que serán aquellos, como el domicilio, el vestuario de un gimnasio, el cambiador de una tienda o un cuarto de baño, donde el individuo puede limitar el acceso de terceros, ejerciendo de ese modo ámbitos de privacidad excluidos del conocimiento ajeno.

Con posterioridad se ha dictado la STC 92/2023, de 11 de septiembre[15], que matiza la interpretación dada inicialmente por la Circular, al anular las grabaciones de imágenes registradas por la Guardia Urbana de Barcelona en el interior de un garaje comunitario privado y de acceso restringido. Los tribunales ordinarios consideraron que, aunque el garaje no fuera estrictamente público, tampoco constituía domicilio y era utilizado por diversos miembros de la comunidad, por lo que entendieron aplicable la habilitación policial del artículo 588 quinquies a) LECrim.: "Sin necesidad de entrar a dilucidar si ese garaje tiene la condición de domicilio a los efectos del art. 18.2 CE, pues el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se invoca en el presente recurso de amparo, es notorio que, conforme al referido criterio de expectativa razonable de privacidad, ese espacio pertenece al ámbito de la intimidad protegida por el art. 18.1 CE, pues se trata de un lugar cerrado que es, además, una propiedad privada de acceso restringido (a los titulares de las plazas de aparcamiento y a terceros a los que aquellos permitan la entrada) y por tanto es patente que se trata de un lugar en el que el recurrente tenía una expectativa razonable de no ser escuchado u observado subrepticiamente por terceras personas".

[15] STC, Sala Segunda, núm. 92/2023, de 11 de septiembre, recurso de amparo núm. 3456-2021, ponente Excmo. Sr. D. Enrique Arnaldo Alcubilla, ECLI:ES:TC:2023:92, BOE núm. 244, de 12 de octubre de 2023, pp. 137042-137064, BOE-A-2023-21154.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por otro lado, y en el ámbito de aplicación del presente precepto, se han dictado dos sentencias por el Tribunal Supremo que, aunque referidas a supuestos distintos al tratado por el Tribunal Constitucional (se trata en estos casos del empleo de drones por la Policía Judicial para captar imágenes), resultan en cierta medida contradictorias con el concepto de intimidad delimitado por este último.

Se trata de las sentencias TS nº 797/2025, de 2 de octubre[16] y nº 264/2026, de 6 de abril[17], que en ambos casos descartan la vulneración del derecho a la propia intimidad del recurrente ante el empleo de drones en fincas privadas (y por tanto de acceso restringido), pero sin afectación domiciliaria.

Así, la primera de las sentencias citadas descarta la nulidad de la captación de imágenes señalando que "La protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria -como recuerda de modo insistente la jurisprudencia- se residencia de manera exclusiva en el domicilio, esto es, en la morada en la que el investigado desarrolla su propia actividad vital y que, precisamente por ello, genera una expectativa de privacidad que cuenta con la tutela constitucional. En consecuencia, la toma de imágenes del investigado en lugares o espacios públicos -incluyendo aquí, con carácter general, todos aquellos ajenos a la protección constitucional dispensada por el art. 18.2 de la CE a la inviolabilidad domiciliaria o por el art. 18.1 a la intimidad- podrá ser decidida por propia iniciativa de los agentes de policía.", reflexión que parece estar en tensión con la realizada por el Tribunal Constitucional.

En la segunda, reitera la misma idea: "Cobra pleno sentido -decíamos en el anterior precedente- la casuística jurisprudencial que ofrece respuesta a la cuestión acerca de qué lugares gozan de la protección constitucional que ofrecen los apartados 1º y 2º del art. 18.2 [sic] de la CE. Son éstos los que van a exigir, para la captación de imágenes, la autorización contenida en una resolución judicial motivada."

Dado lo reciente de todas estas resoluciones, parece que esta cuestión no estaría definitivamente resuelta.

En lo que concierne a la segunda de las medidas contempladas en el mismo capítulo de la LECrim, se trataría de la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, que exigiría autorización judicial previa, salvo en los supuestos en los que "concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación", en cuyo caso se podrá proceder a la colocación, dando cuenta al Juez a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo de 24 horas. Lo relevante, en este punto, sería la puesta en

[16] STS, Sala Segunda, núm. 797/2025, de 2 de octubre, recurso de casación núm. 10005/2025, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2025:4225.
[17] STS, Sala Segunda, núm. 264/2026, de 6 de abril, recurso de casación núm. 10648/2025, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2026:1661.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

conocimiento del Juez en plazo por parte de la Policía Judicial, con independencia de la posterior tardanza de este en dictar el auto habilitante, que por sí misma no determinaría la nulidad de la medida (STS nº 549/2024, de 6 de junio[18]).

Resulta ilustrativa, respecto de la necesidad de cumplimiento del principio de especialidad en la adopción de esta medida, la STS nº 141/2020, de 13 de mayo, ya citada, que declaró ilícita la instalación de un GPS sustentada únicamente en una confidencia anónima, los antecedentes policiales del sospechoso y la constatación de que el mismo realizaba viajes ordinariamente entre dos ciudades que podrían responder a un fin lícito.

## 5. Registro de Dispositivos de Almacenamiento Masivo y Registro Remoto de Equipos Informáticos

Los artículos 588 sexies a) a 588 sexies c) LECrim regulan el acceso a teléfonos, ordenadores y otros dispositivos de almacenamiento masivo mientras que los artículos 588 septies a) a 588 septies c) contemplan el registro remoto y clandestino de sistemas informáticos.

La Circular 5/2019, de 6 de marzo, refiere el concepto de «entorno virtual» para explicar la grave afectación que la intervención de estos dispositivos puede tener en el derecho a la intimidad de las personas: un smartphone puede revelar a las fuerzas investigadoras llamadas o intentos de llamada, conversaciones de audio o a través de mensajes, fotografías, documentos, contactos, historial de navegación, datos de localización, información económica, laboral o sanitaria y contraseñas o credenciales que permiten acceder a servicios externos o a más información alojada en la nube.

Alude, a este respecto, a la nueva doctrina jurisprudencial que abordaba de manera unitaria el problema, introduciendo el referido concepto del «derecho al entorno virtual» como un derecho omnicomprensivo que abarca la protección de la gran diversidad de datos que pueden guardarse en un dispositivo o sistema informático, como puede ser un ordenador, con cita de la STS n.º 342/2013, de 17 de abril[19]: «la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento

[18] STS, Sala Segunda, núm. 549/2024, de 6 de junio, recurso de casación núm. 11398/2023-P, ponente Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián, ECLI:ES:TS:2024:3281.
[19] STS, Sala Segunda, núm. 342/2013, de 17 de abril, recurso de casación núm. 1461/2012, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI: ES:TS:2013:2222.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual».

Por ello, la norma establece que, cuando durante la entrada y registro en un lugar sea previsible la incautación de dispositivos de almacenamiento masivo de información, la resolución judicial debe justificar las razones que permiten acceder al registro de los dispositivos, debiendo el juez fijar los términos y alcance del registro, pudiendo establecer condiciones para realizar copias y garantizar la integridad de los datos.

Señala la Circular 5/2019 que pudiera llamar la atención que el legislador no haya establecido un catálogo de delitos fijando una gravedad mínima que permita el recurso a esta medida, si se tiene en cuenta la importancia de la intromisión en los derechos fundamentales que con ella puede producirse. La razón de ello – explica la Circular - estriba en que, frente a esa gravedad que se presenta en algunos casos concretos, existen otros, como ya se adelantaba, mucho más livianos. Por ello, deberá ser el juicio de proporcionalidad que lleve a cabo el Juez el que justifique la medida en cada caso concreto; y ese juicio deberá valorar la gravedad del delito, no solo desde la perspectiva de la pena que le corresponda, sino atendiendo también a la naturaleza del bien jurídico protegido.

Especial significación alcanzará, en estos casos, el ámbito tecnológico en el que el delito se haya cometido, ya que únicamente mediante el análisis del medio tecnológico de comisión podrán reunirse pruebas de su perpetración. En este sentido, señala la STS n.º 811/2015, de 9 de diciembre, que «cuando de infracciones cometidas mediante la utilización de equipos informáticos se trata, la diligencia tendente a su ocupación y al examen de sus contenidos, ha de considerarse como proporcionada, no tanto en función de la pena eventualmente aplicable sino de la propia naturaleza de los hechos investigados, de su mecánica comisiva y de las inevitables necesidades para su ulterior probanza».

Es relevante, por otro lado, el tratamiento jurisprudencial del posterior volcado de los datos tras la incautación de los dispositivos, aspecto que ha sido examinado en las sentencias TS nº 159/2018, de 5 de abril[20] y nº 388/2018, de 25 de julio[21], y que son coincidentes en señalar que "ni la ley procesal anterior al año 2015 ni tampoco la nueva normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal imponen que estén presentes el letrado del imputado ni un perito nombrado por la parte en el momento de volcar el contenido del ordenador. Es más, (...) ni siquiera requiere la presencia del Secretario Judicial en el momento de abrir el ordenador y obtener el disco

[20] STS, Sala Segunda, núm. 159/2018, de 5 de abril, recurso de casación núm. 1061/2017, ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, ECLI:ES:TS:2018:1152.
[21] STS, Sala Segunda, núm. 388/2018, de 25 de julio, recurso de casación núm. 1609/2017, ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, ECLI:ES:TS:2018:3056.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

duro. Y en cuanto al nombramiento de un perito de parte para que esté presente, la sentencia de esta Sala 342/2013, de 17 de abril , si bien considera que la parte puede designar un perito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476 de la LECrim, su no intervención no condiciona la validez de la diligencia".

La norma regula también el supuesto, cada vez más frecuente, de que la información buscada se encuentre, no físicamente en el dispositivo, sino en otro sistema al cual se puede acceder desde dicho dispositivo (por ejemplo, el correo electrónico realmente alojado en la nube, pero al que se accede desde la aplicación correspondiente del teléfono móvil). En estos casos, el art. 588 sexies c) permite la ampliación del registro a otros sistemas cuando exista autorización judicial para ello o, en determinados supuestos urgentes, mediante una actuación inmediatamente sometida a control judicial.

Por último, los artículos 588 septies a) a 588 septies c) regulan el registro remoto de dispositivos de almacenamiento masivo, mediante el uso de identificadores, credenciales, códigos o software para acceder, de forma telemática y clandestina, al contenido de un ordenador, teléfono, sistema informático, base de datos u otro dispositivo electrónico.

La Circular 5/2019 destaca que dicha medida puede permitir un acceso dinámico y continuado, incluyendo información que vaya incorporándose al sistema mientras la medida permanece activa, de modo que tiene un potencial invasivo incluso superior al que deriva del registro de dispositivos incautados, que opera sobre una realidad estática.

Solo puede autorizarse para los delitos expresamente enumerados en el art. 588 septies a): delincuencia organizada, terrorismo, determinados delitos contra menores o personas especialmente protegidas, delitos contra la Constitución, traición y defensa nacional y delitos cometidos mediante tecnologías de la información o servicios de comunicación.

La resolución debe identificar los equipos o sistemas afectados, los datos a los que se pretende acceder, el alcance de la medida, la forma de acceso, el software empleado, los agentes autorizados para ejecutarla y las garantías de preservación, mientras que la norma limita la duración inicial máxima a un mes, prorrogable hasta un límite total de tres meses, duración sensiblemente inferior a la prevista para la interceptación telefónica o la geolocalización.

## IV. CONCLUSIONES

La LO 13/2015 supuso la incorporación a nuestra norma rituaria penal de una regulación sistemática de las medidas de investigación tecnológicas que, hasta ese momento, se encontraban prácticamente ausentes de la LECrim, contemplando la Ley procesal penal únicamente la regulación de las comunicaciones telefónicas, y

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

habiendo dado lugar dicha ausencia de normas aplicables a una construcción jurisprudencial de requisitos y límites aplicables a las injerencias que, sin embargo, mostraba limitaciones, como puso de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e igualmente nuestro propio Tribunal Constitucional, al decretar la imposibilidad de aplicar analógicamente la escueta normativa referida a las comunicaciones telefónicas a otras injerencias, como la grabación de conversaciones presenciales.

Las Circulares 1 a 5/2019 resultan especialmente útiles al proporcionar un marco interpretativo sistematizado de las nuevas medidas, analizando desde esta perspectiva no solo las disposiciones comunes, sino también cada una de las particulares medidas introducidas por la reforma.

Destaca del estudio de las Circulares el especial énfasis que realiza en el carácter especialmente invasivo del registro de dispositivos. Refiere la Circular 5/2019 el nacimiento de una nueva doctrina jurisprudencial que introdujo el concepto del «derecho al entorno virtual» como un derecho omnicomprensivo que abarcaba la protección de la gran diversidad de datos que pueden guardarse en un dispositivo o sistema informático, como puede ser un ordenador.

En cuanto a la jurisprudencia dictada con posterioridad a la introducción de la reforma, ésta tiene una evidente función nomofiláctica, de gran valor para la debida aplicación de esta, en la que, no obstante, encontramos, respecto de la concreta interpretación de algunas de las figuras investigativas, dos cuestiones que entendemos problemáticas:

La primera de ellas es la referida a la grabación del sonido en encuentros o reuniones, y la progresiva difuminación del concepto de “reunión” que puede observarse en la jurisprudencia dictada por Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, pasando de la necesidad de identificación de la concreta reunión que se pretende monitorizar, a valorar la posibilidad de celebración de reunión o reuniones, no individualizadas, en el plazo que se establezca por el Instructor en el auto habilitante, para considerar cumplido el requisito exigido por el art. 588 quater b), apartado 1, de la LECrim.

La segunda cuestión se refiere a la interpretación de qué debe ser un espacio protegido por el derecho a la intimidad, y qué un espacio público a los efectos de la obtención de imágenes por la Policía Judicial para averiguación del delito, sin necesidad de autorización judicial. Mientras que el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de espacios protegidos no domiciliarios a estos efectos, el Tribunal Supremo parece adoptar en sus resoluciones recientes una interpretación más flexible, atendiendo no solo al carácter privado del espacio, sino también al uso concreto del lugar, el contenido de las imágenes, la intensidad de la vigilancia y la existencia efectiva de una expectativa de privacidad.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En definitiva, y por concluir, diez años después de la reforma puede afirmarse que la LO 13/2015 ha proporcionado un marco normativo sustancialmente más completo y garantista que el existente con anterioridad, que sin embargo no ha eliminado la necesidad de una constante labor interpretativa, pues el verdadero equilibrio entre la eficacia investigadora y la protección de los derechos fundamentales continúa dependiendo de la interpretación jurisprudencial que se realice de conceptos como especialidad, necesidad, proporcionalidad, encuentro concreto, espacio público o alcance del registro. Cuanto mayor sea la capacidad de la tecnología para conocer y reconstruir la vida de una persona, cuanto mayor sea, en definitiva, la identidad entre la vida de una persona y su huella en el entorno digital, mayor deberá ser también la precisión y el cuidado con que judicialmente se delimite aquello que el Estado está legítimamente autorizado a investigar.

## V. BIBLIOGRAFÍA

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica)», Boletín del Ministerio de Justicia, año LXX, núm. 2186, febrero de 2016, monográfico I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia: «Las reformas del proceso penal», pp. 7-60. ISSN: 1989-4767.

GARCÍA BORREGO, José Antonio, Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención de las nuevas modalidades de comunicaciones personales, tesis doctoral, Universidad Católica San Antonio de Murcia (UCAM), Escuela Internacional de Doctorado, Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica, Murcia, 2017.

PÉREZ GIL, Julio, «Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal español: privacidad vs. eficacia en la persecución», en BRIGHI, Raffaella; PALMIRANI, Mónica; y SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (eds.), Informatica giuridica e informatica forense al servizio della società della conoscenza. Scritti in onore di Cesare Maioli, Aracne, Roma, 2018, pp. 187-198. ISBN: 978-88-255-1521-3. DOI: 10.4399/978882551521312.

RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción, «Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015», Anuario Jurídico y Económico Escurialense, vol. LII, 2019, pp. 179-204. ISSN: 1133-3677.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EL CONTROL ECONÓMICO FEDERATIVO COMO ANTECEDENTE INSTITUCIONAL DEL *COMPLIANCE* PENAL EN EL FÚTBOL ESPAÑOL

*David Olmo Perezagua*

Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Planteamiento. II. De la disciplina reactiva a la supervisión preventiva: una secuencia normativa. III. El riesgo económico como intersección de riesgos jurídicos. IV. Fundamento y estructura del Reglamento de Control Económico. V. El OSEC como institucionalización de la supervisión preventiva. VI. Delimitación conceptual: control, auditoría, control interno, buen gobierno, gestión de riesgos y compliance. VII. El Reglamento ante el artículo 31 bis del Código Penal. VIII. La organización como objeto de imputación. IX. La tendencia europea: el defecto de organización como técnica regulatoria común. X. El reverso del argumento: objeciones y réplica. XI. El mapa de riesgos penales en el fútbol profesional y no profesional. XII. El contexto internacional de la lex sportiva. XIII. Integración con los estándares técnicos: UNE 19601, ISO 37301 e ISO 37001. XIV. Hacia un sistema integral de compliance deportivo. XV. Conclusiones. XVI. Bibliografía y fuentes*

**Resumen:** *Este trabajo desarrolla uno de los presupuestos institucionales sobre los que descansa la categoría de imputación estructural sectorial que propongo en mi tesis doctoral.*

*Sostengo que el Derecho deportivo español ha experimentado, a lo largo de las últimas cuatro décadas, un desplazamiento que lo ha conducido desde un modelo esencialmente disciplinario y reactivo hacia un sistema de supervisión preventiva de la organización deportiva, y que el Reglamento de Control Económico de Clubes de la Real Federación Española de Fútbol es la culminación, aunque aún incompleta, del itinerario descrito.*

*No afirmo que el Reglamento satisfaga las exigencias del artículo 31 bis del Código Penal ni que sustituya el mapa penal de riesgos, los protocolos de decisión, el canal de información, la disciplina interna y la verificación periódica que definen un modelo penalmente eficaz. Defiendo algo distinto y, a mi juicio, más fértil. El verdadero punto de contacto entre el control económico federativo y la responsabilidad penal de la persona jurídica no reside en el contenido económico que comparten, sino en una transformación estructural común: la organización deja de operar solo como destinataria de normas para pasar a ser, ella misma, objeto de regulación e imputación.*

*El Reglamento ha institucionalizado, dentro de la lex sportiva federativa, una infraestructura preventiva sectorial sobre la que sí cabe edificar un verdadero sistema de cumplimiento deportivo, señaladamente en el fútbol no profesional.*

## I. PLANTEAMIENTO

La juridificación del deporte ha alterado la posición institucional de las organizaciones que lo ordenan. Las federaciones dejaron hace tiempo de limitarse a la administración asociativa de competiciones para asumir

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

funciones de reglamentación, supervisión y disciplina cuya densidad se aproxima, en ciertos sectores, a la de una agencia privada de control investida de potestades públicas por delegación[1] conforme a la ley aplicable.

En el fútbol ese giro alcanza su grado máximo debido a su dimensión económica de la competición, la profesionalización de estructuras y la exposición a riesgos penales y administrativos. La gestión del club se produce en un espacio de riesgo jurídico organizado.

La doctrina ha estudiado con detenimiento dos fenómenos normalmente por separado: de un lado, la implantación de modelos de *compliance* penal en los clubes y, de otro, el control económico que las federaciones ejercen sobre las entidades adscritas. Falta, por tanto, un análisis que los articule y mostrara que constituyen momentos sucesivos de un mismo proceso. Ese es el objeto del presente artículo.

La tesis admite una doble lectura. En su vertiente histórico-normativa afirma una línea de continuidad que más adelante reconstruyo paso a paso. En su vertiente dogmática sostiene que la proximidad entre control económico y prevención penal no es metafórica, sino estructural, pues ambos responden a un único desplazamiento: el que convierte a la organización en objeto de regulación. De esa idea se desprende una segunda afirmación, de mayor alcance, que formulo con la cautela debida: la secuencia federativa española anticipa, en su propio ámbito, técnicas regulatorias que el Derecho penal de la empresa y el Derecho del *compliance* asumirían después con vocación general.

Conviene precisar lo que no afirmo, para mayor claridad. No sostengo que el Reglamento sea un modelo de organización y gestión del artículo 31 bis, ni que exonere o atenúe por sí mismo la responsabilidad penal del club. Tampoco lo contrario, esto es, que su carácter no penal lo prive de toda relevancia para el cumplimiento. Entre uno y otro extremo se sitúa la categoría que vertebra la investigación: la de una infraestructura preventiva sectorial, anterior y subyacente al *compliance* penal, sin la cual este, en el fútbol no profesional, corre el riesgo de quedar reducido a un documento sin anclaje en la verdadera fuente del riesgo, que es la organización económica del club.

El método utilizado es dogmático-funcional. Reconstruyo primero la secuencia normativa que conduce al Reglamento; examino después su estructura y su órgano de supervisión, al que reconozco un protagonismo

[1] Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas. La STSJ Madrid 453/2021, de 22 de diciembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente D.ª María Asunción Merino Jiménez, FJ Segundo), confirma que las federaciones son «entidades privadas con personalidad jurídica propia» que ejercen «por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando [...] como agentes colaboradores de la Administración pública».

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

dogmático propio; depuro a continuación las categorías y confronto el Reglamento con los requisitos del artículo 31 bis.

La organización se ha convertido en objeto de imputación y ahí, no en su contenido contable, reside el punto de contacto con el Derecho penal de la empresa. Sobre esa base discuto las objeciones, el mapa de riesgos, el contexto internacional y la evolución posible hacia un sistema integral de cumplimiento deportivo.

## II. DE LA DISCIPLINA REACTIVA A LA SUPERVISIÓN PREVENTIVA: UNA SECUENCIA NORMATIVA

El punto de partida es la configuración de las federaciones como entidades privadas que ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo y quedan sometidas a tutela. El Real Decreto 1835/1991 fijó esa naturaleza híbrida y, con ella, la función pública de supervisión que la federación desempeña sobre las entidades adscritas. De ese rasgo deriva una consecuencia que recorrerá toda la evolución posterior: la federación regula el acceso y la permanencia en competiciones bajo un marco de tutela pública.

Con el tiempo se sumó una capa de naturaleza económica. Cabe situar en el Real Decreto 449/1995 la aparición de las primeras técnicas de control económico sobre las entidades deportivas, que introducen la idea de que la participación en la competición depende tanto de méritos deportivos, como del sometimiento a exigencias de solvencia y documentación financiera. Su importancia es significativa. Inaugura la legitimidad de un control económico ejercido en garantía de la integridad de la competición.

Con frecuencia se olvida su dimensión organizativo-preventiva. La Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y su desarrollo por el Real Decreto 203/2010 incorporaron deberes que obligan a organizar la prevención: protocolos, responsables, planes y medidas adoptados antes de que el riesgo se materialice[2]. Aunque su objeto fuera la seguridad en los espectáculos y no la prevención penal de la persona jurídica, su técnica es ya reconocible, pues impone a la organización deberes de prevención ex ante. Esa es, precisamente, el requerimiento de nuestros juzgados a un *compliance* eficaz.

El marco general hoy vigente lo fija la Ley 39/2022, del Deporte, que consolida la evolución al exigir a federaciones y ligas profesionales códigos de buen gobierno, sistemas de control económico, auditoría de

[2] ALZINA LOZANO, Á., La construcción jurídica e institucional de los mecanismos para combatir la violencia y el dopaje en el deporte en España y en el ámbito internacional, tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2020 (http://hdl.handle.net/10115/17572), donde se reconstruye la técnica del deber organizativo de prevención ex ante en la legislación sobre violencia y seguridad en los espectáculos deportivos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cuentas, mecanismos de control interno, canales de denuncia y prevención de ilícitos[3]. Asimismo, impone elementos estructurales: separación de funciones en operaciones económicas, supervisión por terceros o por órganos internos desvinculados, publicidad de informes, régimen sancionador, formación, que trasladan el buen gobierno desde el plano ético al de una técnica jurídica de reducción del riesgo institucional.

El Reglamento de Control Económico de Clubes de la RFEF culmina la secuencia, de ahí la importancia que le otorga la presente. Donde el Real Decreto de 1991 fijó la función supervisora, el de 1995 el control económico, la Ley de 2007 la prevención organizada y la Ley de 2022 el buen gobierno y el control interno, el Reglamento articula un sistema continuado de información, monitorización, supervisión especializada, corrección y disciplina.

En su virtud, el Derecho deportivo español ha transitado de un modelo en el que la federación reaccionaba frente a la infracción consumada a otro en el que ordena, ex ante, las condiciones organizativas que hacen menos probable el incumplimiento. No obstante, la prevención penal no se agota en el tipo. Dependerá de cómo se ordenen esas condiciones y es, precisamente en dicho momento, cuando el control económico federativo deja de ser un asunto contable para incidir sobre el presupuesto material del riesgo penal.

## III. EL RIESGO ECONÓMICO COMO INTERSECCIÓN DE RIESGOS JURÍDICOS

La consolidación legislativa descrita permite comprender por qué el riesgo económico en el fútbol es el punto en que convergen numerosos riesgos jurídicos. La insolvencia estructural puede derivar en incumplimientos salariales, tributarios o de Seguridad Social. La opacidad en fichajes y pagos a intermediarios facilita el fraude, el blanqueo o la administración desleal. La presión financiera asociada a ascensos y descensos incentiva la manipulación de competiciones. La dependencia de subvenciones abre la puerta al fraude subvencional. Y la debilidad de la documentación contable dificulta la trazabilidad que cualquier modelo de cumplimiento presupone.

Por eso, aunque el control económico federativo no sea penal, se proyecta sobre la zona material donde se gesta buena parte de los riesgos penales del club. Si el núcleo de ese riesgo reside en la organización económica, entonces el control económico federativo, sin ser *compliance* penal, incide directamente en el mismo. El Reglamento ocupa, en ese tránsito del buen gobierno hacia la supervisión del riesgo, una posición intermedia: provee las condiciones institucionales sobre las que podría edificarse su cultura de cumplimiento.

[3] Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, que impone a federaciones y ligas códigos de buen gobierno, sistemas de control económico, auditoría de cuentas, mecanismos de control interno, canales de denuncia y prevención de ilícitos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DEL REGLAMENTO DE CONTROL ECONÓMICO

El Reglamento se construye sobre una premisa de proporcionalidad regulatoria. No todas las competiciones presentan el mismo volumen económico ni la misma exposición al riesgo, de modo que segmenta el control en diferentes niveles de exigencia. Esa segmentación expresa una idea elemental de la gestión de riesgos: el control debe ser graduado en función de la exposición, la capacidad y el impacto. A ella se añaden tres líneas transversales: la acción sobre entidades en dificultad económica, la monitorización continuada de datos y la formación de los agentes del fútbol federado, que reproducen, en clave económica, los pilares de cualquier sistema preventivo: información, intervención correctiva y cultura normativa.

Las entidades sujetas a control quedan obligadas a aportar de forma periódica información financiera, fiscal, laboral, presupuestaria y contractual a través de la plataforma designada por la federación. El club ya no administra su economía de forma opaca hasta que emerge el conflicto, sino que queda sometido a una obligación continuada de legibilidad institucional. Se inserta en el principio de transparencia.

A mayor abundamiento, las entidades en dificultad económica deben someterse al Reglamento, el cual exige un plan de ajuste supervisado, fija hitos y realiza seguimiento, de manera que el incumplimiento se concibe como una desviación respecto de una trayectoria de saneamiento.

## V. EL OSEC COMO INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SUPERVISIÓN PREVENTIVA

El Órgano de Supervisión Económica de Clubes, en adelante OSEC, constituye el centro institucional del Reglamento y merece un tratamiento dogmático que la literatura científica aún no le ha dispensado.

El OSEC representa la primera institucionalización estable de una función federativa de supervisión preventiva especializada en el deporte español. Antes de él, el control federativo era predominantemente disciplinario y episódico; se activaba ante la infracción y se agotaba con la sanción. El OSEC convierte esa supervisión en permanente, técnica y anticipatoria: analiza datos, requiere información, interpreta la norma, aprueba modelos, ordena auditorías, sigue a las entidades en dificultad y denuncia los incumplimientos. Está compuesta por expertos financieros, juristas, laborales y fiscales, y responden a los tres ejes citados en que se concentra buena parte de los riesgos organizativos del club.

Esa novedad tiene un significado que excede el control económico. La creación de una instancia permanente de vigilancia organizativa traslada al ámbito federativo la lógica que, en el Derecho de la empresa, encarnan las funciones de cumplimiento: continuidad, especialización, memoria institucional y capacidad de requerimiento.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La analogía, sin embargo, no debe conducir a la confusión. El OSEC no es el órgano de cumplimiento penal de cada club. No forma parte de la estructura interna de la persona jurídica responsable, no tiene por misión vigilar la eficacia de un modelo penal individualizado y no sustituye al órgano con poderes autónomos de iniciativa y control al que se refiere el artículo 31 bis. El OSEC supervisa a los clubes desde la federación.

Conviene entenderlo, por ello, como un órgano precursor antes que sustitutorio: crea una cultura federativa de supervisión especializada, pero no releva a cada club de identificar sus propios riesgos, establecer controles, formar a sus miembros, disciplinar el incumplimiento y revisar el modelo con periodicidad. La responsabilidad del modelo, sin embargo, seguiría radicando en cada entidad.

## VI. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: CONTROL, AUDITORÍA, CONTROL INTERNO, BUEN GOBIERNO, GESTIÓN DE RIESGOS Y *COMPLIANCE*

El análisis solo avanza si se depuran las categorías. El lenguaje institucional contemporáneo tiende a llamar *compliance* a cualquier forma de control, auditoría o transparencia, y esa inflación conceptual debilita el razonamiento jurídico. Control, auditoría, control interno, buen gobierno y gestión de riesgos son nociones próximas, pero no intercambiables, y ninguna equivale (por sí sola) a un modelo de organización y gestión penalmente relevante.

Magnitudes financieras, deudas, presupuestos y documentación son el objeto del control económico federativo, cuyo fin es preservar la sostenibilidad del club y la integridad económica de la competición. El control interno, en cambio, se define por políticas, procedimientos y segregación de funciones orientados a la regularidad de las operaciones, imprescindible para el cumplimiento, pero no se identifican con él. Sobre la calidad institucional de la dirección opera el buen gobierno.

El *compliance* normativo es más amplio que el penal: implica actuar conforme a normas legales, reglamentarias, internas y éticas, y en el deporte abarca integridad, dopaje, protección del menor, igualdad, subvenciones o mercado de fichajes.

El *compliance* penal es una especie única dentro de ese género, definida por su función: prevenir los delitos que pueden generar responsabilidad de la persona jurídica o reducir significativamente su probabilidad. El artículo 31 bis lo concreta al exigir que el modelo identifique las actividades de riesgo, establezca protocolos de decisión, disponga de modelos de gestión de recursos financieros, imponga deberes de información al órgano de vigilancia, prevea un sistema disciplinario y se verifique de forma periódica. Confrontado con esa estructura, el Reglamento cumple parcialmente algunas funciones y omite otras.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La categoría adecuada es la de infraestructura preventiva sectorial, cuyo fundamento preciso en los dos apartados siguientes.

## VII. EL REGLAMENTO ANTE EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 31 bis representa el punto de inflexión del Derecho penal español de la empresa: la responsabilidad de la persona jurídica dejó de ser una anomalía para fundarse en defectos de organización, supervisión y control[4]. La cuestión no es teórica para los clubes y sociedades anónimas deportivas, que son personas jurídicas susceptibles de responder por los delitos cometidos por sus representantes, administradores, directivos o empleados en su beneficio. La jurisprudencia ofrece el fundamento del régimen.

La STS 154/2016 abrió la construcción jurisprudencial de la culpabilidad de la persona jurídica al vincular su responsabilidad a la existencia o ausencia de una verdadera cultura de cumplimiento[5], criterio que la STS 221/2016 precisó al exigir la indagación de los elementos organizativo-estructurales que posibilitan el déficit de control[6].

A su lado, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha respaldado la legitimidad del control económico federativo y delimitado el alcance de las potestades de las federaciones sobre las entidades adscritas[7], lo que aporta el segundo pilar del argumento.

Por ello, la relación entre el Reglamento y el artículo 31 bis debe plantearse en tres planos.

---

[4] Artículo 31 bis CP (redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo). Su apartado 2 condiciona la exención a que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos [...] o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión», confiada su supervisión a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y de control.

[5] STS 154/2016, de 29 de febrero (Sala de lo Penal, Pleno, ponente D. José Manuel Maza Martín, FJ Octavo): la responsabilidad de la persona jurídica «ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran»; ello pese a la conocida discrepancia interna del Pleno sobre la carga de la prueba del defecto de organización.

[6] STS 221/2016, de 16 de marzo (Sala de lo Penal, ponente D. Manuel Marchena Gómez, FJ Quinto): «se tratará [...] de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa».

[7] STS 1660/2024, de 21 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente D. José Luis Requero Ibáñez, FJ Sexto, 5.1), sobre el alcance de la potestad de las federaciones respecto de los sujetos adscritos; en línea con la STSJ Madrid 453/2021, cit.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El primero es negativo: el Reglamento no constituye un modelo del artículo 31 bis, no se concibe para exonerar penalmente al club, no lo aprueba el órgano de administración de cada entidad como modelo propio y no identifica delitos por actividades ni dota a cada club de un órgano de cumplimiento con poderes autónomos.

El segundo es positivo-funcional: algunas de sus instituciones coinciden con presupuestos materiales del artículo 31 bis.

El tercero es evolutivo: el Reglamento puede y debe servir de base para que la federación establezca estándares mínimos de *compliance* penal en competiciones no profesionales.

Respecto al plano funcional, el requisito relativo a los modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir delitos es el punto de contacto más evidente. Muchos riesgos penales del club, por ejemplo, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, insolvencias punibles, administración desleal, falsedades contables, fraude de subvenciones o blanqueo, tienen una dimensión financiera, y un sistema que exige presupuestos, cuentas, certificados, nóminas, contratos y situación de deuda. El deber de información encuentra un antecedente en la colaboración exigida al club, aunque no equivalga todavía a un canal interno de denuncias penalmente orientado. El sistema disciplinario aparece en clave federativa, mediante la sanción del incumplimiento del Reglamento, pero no sustituye la disciplina interna que el modelo penal reclama frente a directivos y empleados. Y la verificación periódica halla cierta correspondencia parcial en la monitorización del OSEC, sin que vigilar un plan de ajuste patrimonial equivalga a revisar la eficacia de un mapa penal de riesgos.

La conclusión de la confrontación es matizada. Cada requisito del artículo 31 bis encuentra en el Reglamento, a lo sumo, una correspondencia parcial; ninguno aparece satisfecho en los términos que la eximente exige. El Reglamento se sitúa, por ello, en una posición de pre-*compliance:* no debe presentarse como modelo penal, porque generaría una falsa sensación de cobertura jurídica, pero ofrece elementos que, integrados adecuadamente, podrían formar parte de un modelo penal sectorial. No exime de responsabilidad; ordena las condiciones organizativas previas sobre las que un eventual modelo de prevención habría de construirse.

## VIII. LA ORGANIZACIÓN COMO OBJETO DE IMPUTACIÓN

El punto de conexión entre el Reglamento y el artículo 31 bis suele buscarse en su contenido económico: los controles financieros, la trazabilidad documental, la vigilancia de la deuda. No obstante, considero que es la capa superficial del fenómeno. La conexión profunda es estructural, y para advertirla conviene situar tanto el control económico federativo como la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro de una

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

transformación más amplia, en cuya virtud la organización deja de ser únicamente un sujeto que obedece normas para convertirse en objeto de regulación y de imputación.

El modelo jurídico clásico imputa conductas a individuos. La persona jurídica es titular de derechos y obligaciones, pero el reproche recae sobre la persona física que actúa; la organización es, a lo sumo, el escenario del hecho. Ese esquema entra en crisis cuando la complejidad de las organizaciones y la difusión de los procesos de decisión disuelven la imputación individual y hacen que el daño no pueda explicarse ya por la conducta de un sujeto identificable, sino por el modo en que la organización está dispuesta. El Derecho responde regulando la organización misma, sus estructuras y sus controles, anudando consecuencias a sus defectos. El defecto de organización se convierte así en la bisagra de un nuevo modo de imputación.

El Derecho administrativo ofrece la primera manifestación del giro. La regulación ha abandonado en buena medida la prescripción de conductas (caso por caso) para imponer al destinatario el deber de organizar su propia prevención y de supervisar que lo haga, en lo que cabe describir como una regulación de la autorregulación. La norma ya no dice qué hacer en cada supuesto. La norma exige a la organización dotarse de estructuras y procedimientos idóneos para conjurar el riesgo y rendir cuentas de ellos. El deber jurídico se desplaza, por tanto, desde el acto hacia la organización del acto.

El Derecho deportivo es un caso particular de ese movimiento. La evolución descrita en el apartado segundo no es otra cosa que el desplazamiento del objeto de la supervisión federativa desde la conducta individual, el comportamiento del jugador, del directivo, del árbitro, hacia la organización del club: su economía, sus estructuras, sus controles. La federación dejó de limitarse a sancionar conductas para ordenar y vigilar el modo en que el club se organiza, y el Reglamento es, como he traslado, la expresión más desarrollada de ese tránsito.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es la manifestación penal del mismo fenómeno. El reproche que el artículo 31 bis dirige a la entidad no se identifica con el hecho del individuo. Se identifica con el defecto de organización que lo hizo posible: la ausencia de una cultura de cumplimiento y de un modelo idóneo para prevenir el delito. El modelo de organización y gestión es, precisamente, una técnica organizativa, y la culpabilidad de la empresa se construye sobre el modo en que esta se ha dispuesto para prevenir o no el riesgo. También aquí, como convendrán, el objeto del juicio jurídico se ha desplazado desde la conducta hacia la organización.

El verdadero punto de conexión entre el Reglamento de Control Económico y el artículo 31 bis es la transformación estructural: en ambos, la organización se ha convertido en objeto de regulación y de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

imputación. El control económico federativo y el modelo penal de la persona jurídica son dos expresiones, una preventivo-federativa y otra penal, de un mismo modo de operar del Derecho sobre las organizaciones. Esta lectura redefine la categoría de infraestructura institucional con la que vengo caracterizando al Reglamento. No se trata de una analogía laxa entre dos instrumentos que se parecen. Es el reconocimiento de que ambos actúan sobre el mismo objeto y conforme a la misma técnica. La integración funcional entre uno y otro es la consecuencia natural de su parentesco dogmático. Aquí anida lo que he llamado imputación estructural sectorial.

De la convergencia cabe extraer, a fortiori, una conclusión sobre el sentido de la influencia. Suele asumirse que el Derecho deportivo recibe del Derecho penal de la empresa las categorías del cumplimiento. La reconstrucción que propongo sugiere algo más complejo. Al ordenar de forma preventiva la organización del club en su conjunto, el Derecho deportivo ha ensayado, en un sector acotado y bajo tutela pública, una técnica regulatoria que el Derecho penal económico y el Derecho del *compliance* terminan asumiendo con vocación general. La federación no se limita, pues, a trasladar a su ámbito un modelo penal preexistente; anticipa, en la práctica de la supervisión, el modo de operar que después se generaliza. Esa anticipación opera en el plano interno: la técnica de ordenar preventivamente la organización se ensaya en la supervisión federativa antes de generalizarse en el Derecho penal español de la empresa. A mayor abundamiento, dicha anticipación no es una singularidad española, como muestra la experiencia de los principales ordenamientos europeos.

## IX. LA TENDENCIA EUROPEA: EL DEFECTO DE ORGANIZACIÓN COMO TÉCNICA REGULATORIA COMÚN

El fenómeno no es exclusivamente español. Los principales ordenamientos continentales se han movido en la misma dirección, y su comparación revela que ese desplazamiento del objeto de la regulación hacia la propia organización es una tendencia europea, no una peculiaridad española.

Italia anticipó el modelo. El Decreto Legislativo 231/2001 articuló la responsabilidad de los entes en torno a los modelos de organización, gestión y control y a la noción de *colpa di organizzazione*, de modo que el defecto de organización se convirtió en el eje de la responsabilidad y el modelo en la técnica que la excluye o atenúa[8]. El artículo 31 bis del Código Penal español es, en buena medida, tributario de ese enfoque, lo que sitúa a ambos ordenamientos dentro de un mismo movimiento.

[8] Decreto Legislativo italiano 231/2001, articulado en torno a los modelli di organizzazione, gestione e controllo y a la noción de colpa di organizzazione; matriz comparada de la que el artículo 31 bis CP es, en buena medida, tributario.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Alemania ofrece una variante temprana de la misma lógica. Su ordenamiento ha canalizado durante décadas la responsabilidad de las organizaciones a través de la infracción de deberes de vigilancia y organización y de la sanción a la persona jurídica en el Derecho administrativo sancionador, sobre la base de la idea de defecto de organización[9].

Francia combina una consolidada responsabilidad penal de las personas jurídicas con la imposición de programas de cumplimiento a las grandes empresas y con la supervisión de una autoridad especializada, en una línea que obliga a la organización a ordenar su propia prevención y a rendir cuentas de ella.

La comparación arroja una consecuencia que refuerza la tesis seguida en el presente artículo. En los tres ordenamientos opera la misma idea: el deber de la organización de organizar la prevención y el defecto de organización como fundamento de la responsabilidad. La evolución del Derecho deportivo español es una manifestación sectorial e incluso precoz de esa tendencia europea, y el modo en que esas técnicas migran de un sector a otro y de un sistema a otro confirma la segunda tesis del trabajo. El Derecho deportivo no se limita a recibir categorías ajenas: ensaya y anticipa formas de regulación que después se generalizan, lo que convierte al control económico federativo en un laboratorio especialmente fértil para observar la evolución contemporánea del Derecho.

## X. EL REVERSO DEL ARGUMENTO: OBJECIONES Y RÉPLICA

La tesis no está exenta de objeciones, y conviene afrontar la más incisiva sin atenuarla. Si el Reglamento no produce efecto eximente alguno conforme al artículo 31 bis, cabría sostener que calificarlo de infraestructura institucional es un ejercicio nominal, es decir, una etiqueta sin consecuencias jurídicas.

La réplica exige distinguir planos. En el de la eximente, el efecto no es de todo o nada. Los instrumentos del Reglamento como la información económica, la trazabilidad, los controles de deuda, los planes de ajuste, no eximen por sí solos, pero, incorporados al modelo de organización y gestión de cada club, contribuyen a su eficacia y, con ella, a la apreciación de la eximente o de la atenuación. Un modelo penal construido sobre datos económicos ya verificados y controles ya operativos es más eficaz, y por tanto más apto para producir el efecto que el artículo 31 bis reserva a los modelos idóneos, que otro levantado sobre el vacío. La infraestructura hará probable la eximente.

[9] Para Alemania, el régimen de la Ordnungswidrigkeitengesetz en materia de infracción de deberes de vigilancia y organización (§§ 130 y 30 OWiG). Para Francia, la Loi n.º 2016-1691, de 9 de diciembre (Loi Sapin II), relativa a la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En el plano probatorio, la utilidad es independiente de la eximente. La documentación, la supervisión y la trazabilidad que el Reglamento impone constituyen evidencia de diligencia y permiten reconstruir la actuación del club, lo que resulta relevante tanto para la defensa de la persona jurídica como para la propia investigación. En el plano dogmático, la utilidad es la ya expuesta: la categoría no es nominal, porque identifica con precisión la función que el Reglamento desempeña en la arquitectura de la prevención, esto es, la de ordenar la organización antes de que el modelo penal opere sobre ella.

Y de *lege ferenda*, el Reglamento es la plataforma sobre la que cabe edificar un estándar federativo de cumplimiento. La objeción acierta, en suma, al exigir que la categoría tenga consecuencias, y se responde mostrando que las tiene, aunque en este momento no consista en una exención automática.

Una segunda objeción, de signo distinto, advierte que un control ejercido desde la federación dice poco sobre la cultura interna del club, que es lo que en último término enjuicia el artículo 31 bis. La observación es exacta y, lejos de debilitar la tesis, precisa su alcance: el Reglamento no acredita una cultura de cumplimiento eficaz ni la sustituye, sino que aporta el sustrato material sobre el que esa cultura habría de demostrarse, club por club. El presupuesto es condición necesaria, no suficiente; por eso mi propuesta no se detiene en el Reglamento. Reclama su desarrollo en modelos internos verificables.

## XI. EL MAPA DE RIESGOS PENALES EN EL FÚTBOL PROFESIONAL Y NO PROFESIONAL

El fútbol concentra una combinación singular de factores criminógenos: flujos económicos relevantes, presión competitiva, contratación internacional de jugadores, intervención de intermediarios, subvenciones públicas, derechos audiovisuales, apuestas y menores de edad. Entre los riesgos transversales sobresalen los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el blanqueo a través de la compraventa de derechos y la intermediación en transferencias, y la insolvencia punible o la administración desleal en la gestión de patrimonios ajenos. Entre los específicamente deportivos destaca la corrupción del artículo 286 bis, que afecta también a categorías modestas, donde la menor cobertura y la expansión de las apuestas aumentan la vulnerabilidad.

La diferencia entre fútbol profesional y no profesional resulta decisiva en el particular. En el profesional, la exigencia de modelos de *compliance* penal se ha desarrollado con intensidad, hasta condicionar la inscripción en competiciones oficiales; esa exigencia no alcanza con igual fuerza a las categorías federativas, donde subsisten riesgos relevantes y estructuras más débiles.

Ahí reside la mayor aportación potencial del Reglamento. El fútbol no profesional no debe recibir sin adaptación los modelos diseñados para grandes sociedades anónimas deportivas, pero por esa misma razón

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

necesita estándares mínimos, herramientas comunes y supervisión proporcional. Esa lógica proporcional ya opera en el control económico del Reglamento; falta todavía trasladarla al *compliance* penal.

## XII. EL CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA LEX SPORTIVA

El Reglamento no puede comprenderse al margen del contexto internacional. UEFA y FIFA han desarrollado sistemas de licencias, sostenibilidad financiera, integridad y control de deudas que han influido en las federaciones nacionales, bajo la lógica común de que la competición requiere condiciones económicas mínimas para evitar distorsiones e impagos. El modelo UEFA de licencias y sostenibilidad financiera ha sido el referente más relevante; su tradicional Fair Play Financiero quedó sustituido, desde la temporada 2022-2023, por el Reglamento de Sostenibilidad Financiera de la UEFA, que conserva la técnica de criterios financieros, información periódica y revisión especializada[10].

La comparación confirma que los sistemas de supervisión económica deportiva rara vez nacen como modelos de *compliance* penal, pero podrían convertirse en plataformas de cumplimiento, porque producen información, controles y disciplina sectorial. El reto es evitar la fragmentación: que el control económico alimente el mapa de riesgos penales y que el *compliance* penal incorpore como controles propios las obligaciones federativas, fiscales y laborales.

## XIII. INTEGRACIÓN CON LOS ESTÁNDARES TÉCNICOS: UNE 19601, ISO 37301 E ISO 37001

La evolución del Reglamento hacia un sistema integral de *compliance* deportivo debería dialogar con los estándares técnicos disponibles, con objeto de ordenar metodológicamente modelos que de otro modo quedarían en declaraciones genéricas.

La UNE 19601 traduce los requisitos del artículo 31 bis en elementos operativos; la ISO 37301 ofrece un marco más amplio de cumplimiento normativo idóneo para estructuras escalables; la ISO 37001, centrada en el antisoborno, interesa por la exposición del fútbol a la corrupción privada y a los pagos a intermediarios.

La integración podría articularse por capas: un cumplimiento económico federativo obligatorio en la base; sobre él, el cumplimiento normativo deportivo; por encima, el *compliance* penal del artículo 31 bis y la UNE 19601; y, cuando resulte proporcionado, la certificación voluntaria. No obstante, debe regir el principio de escalabilidad. Exigir a un club modesto la estructura de una gran sociedad anónima deportiva sería ineficaz. Eximirlo de todo control penal, sin embargo, resultaría indefendible.

[10] Reglamento de Sostenibilidad Financiera de la UEFA, en vigor desde la temporada 2022-2023, que sustituyó al tradicional Fair Play Financiero conservando la técnica de criterios financieros, información periódica y revisión especializada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## XIV. HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE *COMPLIANCE* DEPORTIVO

Las consideraciones que siguen abandonan el plano del Derecho vigente para situarse en el de *lege ferenda*. La evolución natural del Reglamento debería orientarse hacia un sistema integral de *compliance* deportivo para los clubes federados que, sin sustituir los modelos penales de cada entidad, fije un estándar mínimo que haga posible su implantación real.

En el plano normativo, cabría un capítulo de prevención penal para clubes no profesionales, graduado por categorías y vinculado al control económico, que exija identificación básica de riesgos, responsable de cumplimiento, canal de información, política de conflictos de interés, controles sobre subvenciones y pagos, protección de menores e integridad frente a amaños.

A ese desarrollo normativo debería acompañarlo uno metodológico, con mapas sectoriales de riesgos que orienten sin sustituir el análisis individual, y uno orgánico que tome al OSEC como punto de apoyo. El aprovechamiento de la plataforma documental ya existente evitaría duplicidades. Falta, por último, lo más difícil. La inserción en la cultura del deporte no profesional de los hábitos organizativos, sostenidos por una formación accesible y un apoyo federativo efectivo.

## XV. CONCLUSIONES

El Reglamento de Control Económico de la RFEF no es, formalmente, un modelo de *compliance* penal, y presentarlo como tal sería técnicamente incorrecto: carece de mapa penal de riesgos, de protocolos internos de decisión, de órgano de cumplimiento de cada club, de canal penalmente orientado, de sistema disciplinario interno específico y de verificación de eficacia conforme al artículo 31 bis[11]. Esa ausencia de equivalencia formal permite reconocer su funcionalidad preventiva, porque introduce segmentación del riesgo, monitorización, transparencia, formación, supervisión especializada y corrección de desviaciones, que son presupuesto organizativo de cualquier cumplimiento eficaz.

La aportación del presente trabajo no se agota en esa calificación.

Reside en haber mostrado que el Reglamento es el eslabón final de una evolución que ha desplazado el Derecho deportivo español desde la disciplina reactiva hacia la supervisión preventiva de la organización, y en haber identificado el lugar exacto en que ese itinerario se encuentra con el Derecho penal de la empresa: el desplazamiento común de la organización desde destinataria de la norma hacia objeto de regulación y de

[11] Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 51: «Ha de evitarse […] que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica», advertencia que excluye toda lectura del Reglamento como cobertura penal automática.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

imputación. El OSEC, en ese marco, es la primera institucionalización estable de esa función federativa, con un recorrido dogmático que apenas comienza a explorarse.

La federación dispone, por ello, de una oportunidad singular: transformar el control económico en la base de un modelo español de *compliance* deportivo para clubes federados. El Reglamento no alumbra todavía ese modelo, pero ha demostrado que la organización del club puede ordenarse de forma preventiva y, esa demostración, es el antecedente sobre el que cabe construir, con rigor, el paso siguiente.

De ahí que el Reglamento, sin ser *compliance* penal, resulte hoy el antecedente institucional más próximo con que cuenta el fútbol no profesional español para construirlo.

## XVI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

### Normativa y documentación institucional

Código de Cumplimiento Normativo de la Real Federación Española de Fútbol, aprobado por la Comisión Delegada de la Asamblea General de la RFEF el 16 de diciembre de 2019.
Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol, edición ratificada por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes el 3 de marzo de 2026.
Código Ético de la Real Federación Española de Fútbol.
Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
Consejo Superior de Deportes, Recomendaciones para la elaboración de un Código de Buen Gobierno a aplicar por las Federaciones Deportivas Españolas y Ligas Profesionales, 2024.
Decreto Legislativo italiano n.º 231/2001, de 8 de junio, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.
Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol, edición noviembre de 2022.
ISO 37001: Anti-bribery management systems. Requirements with guidance for use.
ISO 37301: Compliance management systems. Requirements with guidance for use.
Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.
Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.
Loi n.º 2016-1691, de 9 de diciembre de 2016 (Loi Sapin II), relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
Normativa FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, Cámara de Compensación, protección de menores, integridad y prevención de la manipulación de competiciones.
Normativa UEFA sobre Licencias de Clubes y Sostenibilidad Financiera.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), §§ 30 y 130.

Política Anticorrupción de la Real Federación Española de Fútbol.

Política de Gestión del Canal de Denuncias de la Real Federación Española de Fútbol (versión 2025).

Protocolo de actuaciones contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el fútbol, Madrid, 18 de marzo de 2005.

Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas.

Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

Real Decreto 449/1995, de 24 de marzo, por el que se establecen medidas de control económico aplicables a las entidades deportivas.

Real Federación Española de Fútbol, Reglamento de Control Económico de Clubes, edición 2025.

Real Federación Española de Fútbol, Reglamento de Organización Interna, edición junio de 2025.

UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso.

**Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 154/2016, de 29 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) núm. 221/2016, de 16 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) núm. 1660/2024, de 21 de octubre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 453/2021, de 22 de diciembre.

**Doctrina**

ALZINA LOZANO, Álvaro, La construcción jurídica e institucional de los mecanismos para combatir la violencia y el dopaje en el deporte en España y en el ámbito internacional, tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2020.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

*Dacil Rodríguez Méndez*

Abogada de los Ilustres Colegios de Abogados de Santa Cruz de Tenerife y de Las Palmas

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Evolución histórica y configuración constitucional del Tribunal del Jurado. 1. Antecedentes históricos del jurado en España. 2. La Constitución de 1978 y la recuperación de la participación ciudadana en la Justicia. 3. La Ley Orgánica 5/1995 y sus principales reformas. III. Configuración actual del Tribunal del Jurado. IV. El procedimiento ante el Tribunal del Jurado. V. Evolución jurisprudencial y principales cuestiones actuales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

**Resumen:** *El Tribunal del Jurado constituye una forma de participación ciudadana en la Administración de Justicia reconocida por el artículo 125 de la Constitución Española y desarrollada por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Su configuración actual responde a una evolución histórica marcada por períodos de reconocimiento y supresión, hasta su recuperación definitiva en el sistema constitucional de 1978. El trabajo examina su composición, los requisitos exigidos a los jurados, el ámbito competencial y los delitos atribuidos, así como las reglas de conexidad y determinación de la competencia. También se analizan las principales fases del procedimiento, desde la incoación hasta la sentencia y los recursos. Especial atención merece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre motivación del veredicto, presunción de inocencia, imparcialidad, objeto del veredicto y control de las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado.*

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal del Jurado ocupa una posición de singular importancia dentro del proceso penal español porque introduce la participación directa de ciudadanos legos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Su reconocimiento parte del artículo 125 de la Constitución, que permite la participación ciudadana en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado en aquellos procesos penales que determine la ley.

La previsión constitucional tardó, sin embargo, casi dos décadas en desarrollarse, y fue hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, que recuperó una institución ausente del sistema judicial español desde la Guerra Civil. La propia exposición de motivos de la LOTJ vincula esta forma de participación con los artículos 23.1 y 24.2 CE, al relacionarla, respectivamente, con la intervención directa de los ciudadanos en los asuntos públicos y con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley[1].

[1] Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Exposición de Motivos, apartado I; arts. 23.1, 24.2 y 125

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DEL JURADO

### 1. Antecedentes históricos del jurado en España

La presencia del jurado en juicio en España ha seguido una trayectoria discontinua, estrechamente vinculada a los distintos períodos constitucionales. Sus primeros antecedentes se sitúan en el constitucionalismo liberal del siglo XIX y encuentran reflejo en las Constituciones de 1812, 1837 y 1869, antes de alcanzar una regulación más estable con la Ley del Jurado de 1888. Aquella regulación fue fruto de un debate intenso entre posiciones favorables y contrarias a la participación de jueces legos, circunstancia que condicionó algunas de sus soluciones procesales[2].

Posteriormente, la institución volvió a encontrar reconocimiento durante la Segunda República, con la Constitución de 1931, pero quedó interrumpida durante la Guerra Civil y desapareció posteriormente del ordenamiento durante el régimen franquista. La Constitución de 1978 recuperó el jurado como manifestación de participación ciudadana, aunque su efectiva reinstauración no se produjo hasta la LOTJ de 1995[3].

### 2. La Constitución de 1978 y la recuperación de la participación ciudadana en la Justicia

La Constitución de 1978 recuperó la participación popular en la Administración de Justicia mediante una fórmula que no reinstauró directamente el jurado, sino que remitió al legislador la determinación de los procesos penales en los que podía actuar. El artículo 125 CE reconoce conjuntamente la acción popular, el Tribunal del Jurado y los tribunales consuetudinarios y tradicionales, situando estas formas de participación dentro del Título VI dedicado al Poder Judicial[4]. La opción constitucional permitió superar la larga ausencia de la institución, pero dejó abierta su configuración concreta, lo que explica que transcurrieran casi diecisiete años entre la aprobación de la Constitución y la Ley Orgánica 5/1995. No se trataba únicamente de recuperar una figura histórica, sino de integrarla dentro de un proceso penal sujeto a las garantías propias del Estado constitucional.

La participación del ciudadano como jurado adquiere así una dimensión que excede de la simple colaboración con los tribunales profesionales. La Exposición de Motivos de la LOTJ relaciona expresamente la institución con el derecho de participación en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE y con el derecho al juez ordinario

de la Constitución Española.

[2] MORALES PAYÁN, M. A., El Tribunal del Jurado en Granada: 1890, la experiencia de un año, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXVII, 2017, pp. 123 y ss.; LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba en el juicio por jurados*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, pp. 321-323.

[3] LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La prueba en el juicio por jurados*, tesis doctoral, dirigida por Víctor Moreno Catena, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, pp. 321-323.

[4] Constitución Española, art. 125.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

predeterminado por la ley del artículo 24.2 CE[5]. El jurado pasa a ejercer directamente una función jurisdiccional dentro del ámbito que previamente determina el legislador, mientras corresponde al magistrado-presidente asegurar la dirección jurídica del procedimiento y las garantías que rodean el juicio. Esta combinación entre participación ciudadana y tutela técnica explica buena parte del diseño adoptado en 1995 y también algunos de los problemas que posteriormente han debido resolverse mediante reformas legislativas y jurisprudencia.

## 3. La Ley Orgánica 5/1995 y sus principales reformas

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, dio cumplimiento efectivo al mandato constitucional y configuró un modelo integrado por nueve jurados y un magistrado-presidente, delimitando tanto sus respectivas funciones como el procedimiento especial aplicable. Esta norma reguló la competencia objetiva del Tribunal, el estatuto y selección de los jurados, la fase de instrucción, la constitución del Tribunal, el juicio oral, el objeto del veredicto, la deliberación, la votación y la sentencia; no obstante, su aprobación no cerró, el proceso legislativo. Apenas unos meses después se promulgó la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, cuya finalidad declarada fue incorporar modificaciones procedentes de las enmiendas formuladas durante la tramitación parlamentaria y precisar distintos aspectos de la regulación recién aprobada[6].

En el tiempo, las modificaciones posteriores han respondido a problemas más concretos. La Ley 38/2002, de 24 de octubre, adaptó determinadas reglas procesales de la LOTJ a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificando los artículos 32.4 y 48.2 en materia de adecuación del procedimiento y actuación del magistrado-presidente[7]. Más relevante para el ámbito competencial fue la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que suprimió la letra e) de los apartados 1 y 2 del artículo 1 y reordenó las restantes letras del catálogo legal[8]. A ello se añadió la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, que modificó la regulación relativa a las personas con discapacidad, sustituyendo la exclusión vinculada al impedimento físico, psíquico o sensorial por una regla basada en la aptitud suficiente para el ejercicio de la función y en la obligación de proporcionar los apoyos y ajustes razonables que resulten necesarios[9].

---

5 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, Exposición de Motivos, apartado I.

6 Ley Orgánica 5/1995, arts. 2-5.

7 Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1995.

8 Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disposición final primera, por la que se modifican los arts. 32.4 y 48.2 de la Ley Orgánica 5/1995.

9 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disposición final tercera.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La última modificación incorporada al texto consolidado procede de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, dictada para adaptar el ordenamiento español al funcionamiento de la Fiscalía Europea. La reforma afectó al artículo 1.3 LOTJ y excluyó de la competencia del Jurado, además de los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional, aquellos cuya competencia haya sido asumida por la Fiscalía Europea[10]. El recorrido legislativo de la LOTJ muestra, por tanto, una norma que mantiene desde 1995 su estructura esencial, pero que ha debido ajustarse a cambios procesales, reformas del Código Penal, nuevas exigencias de igualdad y accesibilidad y transformaciones institucionales derivadas del Derecho de la Unión Europea. Su aplicación actual no puede entenderse únicamente desde el texto originario, porque buena parte de su alcance efectivo depende también de las reglas sobre competencia y conexidad que posteriormente han ido precisando el Tribunal Supremo y la legislación procesal.

## III. CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL DEL JURADO

La configuración vigente de este tipo de tribunal mantiene el modelo mixto diseñado por la Ley Orgánica 5/1995. El Tribunal se integra por nueve jurados y un magistrado de la Audiencia Provincial que ejerce la presidencia, a los que se añaden dos jurados suplentes. Cuando el acusado se encuentra aforado, el juicio puede celebrarse ante el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo y la presidencia corresponde entonces a un magistrado de la Sala competente. Los jurados deciden sobre los hechos que consideran probados o no probados y proclaman la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, mientras que corresponde al magistrado-presidente dictar sentencia, incorporar el veredicto e imponer, en su caso, la pena y las medidas de seguridad procedentes[11]. Esta separación funcional explica que la intervención ciudadana no sustituya al juez profesional, sino que se articule con él dentro de un mismo órgano jurisdiccional.

El acceso a la función de jurado se configura al mismo tiempo como derecho y como deber. La LOTJ exige ser español mayor de edad, encontrarse en pleno ejercicio de los derechos políticos, saber leer y escribir y reunir las restantes condiciones previstas legalmente para ejercer la función[12]. Junto a estos requisitos operan causas de incapacidad, incompatibilidad, prohibición y excusa destinadas, entre otras finalidades, a preservar la independencia e imparcialidad de quienes deben emitir el veredicto. La ley impide, por ejemplo, intervenir como jurado cuando exista determinada relación con los profesionales que participan en la causa, cuando se

[10] MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, septiembre-diciembre de 2018, pp. 331-353, especialmente pp. 338 y 344-347.

[11] Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, disposición final tercera.

[12] Ley Orgánica 5/1995, arts. 2, 3 y 4.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

haya actuado previamente como testigo, perito, fiador o intérprete, o cuando exista interés directo o indirecto en el procedimiento[13]. La reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2017 completó este estatuto mediante la prohibición de excluir a una persona por razón de discapacidad y la obligación de facilitar los apoyos y ajustes razonables necesarios para que pueda desempeñar la función.

La competencia material del Tribunal del Jurado no se determina por una atribución general respecto de categorías amplias de delitos. El artículo 1 LOTJ contiene primero unas rúbricas generales - delitos contra las personas, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, delitos contra el honor y delitos contra la libertad y la seguridad -, pero inmediatamente concreta esa atribución mediante un listado cerrado de infracciones[14]. Actualmente comprende el homicidio de los artículos 138 a 140 CP; las amenazas del artículo 169.1; la omisión del deber de socorro de los artículos 195 y 196; el allanamiento de morada de los artículos 202 y 204; la infidelidad en la custodia de documentos; el cohecho; el tráfico de influencias; la malversación; los fraudes y exacciones ilegales; las negociaciones prohibidas a funcionarios y la infidelidad en la custodia de presos. Quedan fuera los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional y aquellos cuya competencia haya sido asumida por la Fiscalía Europea.

La delimitación real de esta competencia requiere acudir al artículo 5 LOTJ. Como regla, se atiende al presunto hecho delictivo con independencia de la forma de participación o del grado de ejecución atribuido al acusado, aunque en los delitos contra las personas comprendidos en el artículo 1.1.a) la competencia exige que el delito se haya consumado. La mayor dificultad aparece cuando concurren varios delitos. La ley permite que el Jurado conozca de delitos conexos cuando hayan sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas, cuando exista concierto previo para cometerlos en lugares o momentos diferentes, o cuando uno de ellos se haya realizado para cometer otro, facilitar su ejecución o procurar su impunidad. Esta extensión tiene límites expresos como la prevaricación no puede ser enjuiciada por conexión y tampoco procede acumular aquellos delitos que puedan ser juzgados separadamente sin romper la continencia de la causa[15].

La interpretación de estas reglas ha terminado siendo decisiva para determinar qué asuntos llegan realmente al Jurado. Tras la modificación del artículo 17 LECr, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 precisó que la acumulación debe responder a una verdadera necesidad de investigación y enjuiciamiento conjunto, evitando tanto una extensión automática de la

[13] Ley Orgánica 5/1995, arts. 6-8.
[14] ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., «El ejercicio de la abogacía y el proceso ante el tribunal del jurado: algunas claves prácticas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXV, núm. 2237, febrero de 2021, pp. 3-39, especialmente pp. 7-8 y 18-19.
[15] Ley Orgánica 5/1995, arts. 9-12; MARTÍNEZ-PUJALTE, «La participación de las personas con discapacidad…», cit., pp. 344-347.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

competencia como una fragmentación artificial de la causa[16]. Asimismo, en los supuestos de conexión funcional, la atribución al Jurado debe examinarse atendiendo a la continencia de la causa y a la posibilidad efectiva de separar los distintos hechos sin afectar a su correcta valoración conjunta.

De ahí que la competencia del Tribunal del Jurado no pueda establecerse únicamente comprobando si uno de los delitos aparece mencionado en el artículo 1 LOTJ. La naturaleza del hecho, su grado de ejecución, la existencia de delitos conexos y la posibilidad de un enjuiciamiento separado forman parte del mismo juicio competencial.

## IV. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

El procedimiento se inicia cuando de los hechos investigados resulta la posible comisión de un delito atribuido al Tribunal del Jurado. A partir de ese momento, el juez de instrucción adapta la causa a las previsiones específicas de los artículos 24 y siguientes de la LOTJ, comunica formalmente la imputación y oye a las partes sobre las diligencias que consideren necesarias. La instrucción siempre conserva su carácter judicial, aunque la regulación concede una intervención relevante al Ministerio Fiscal y limita la práctica de diligencias a aquellas que resulten indispensables para decidir sobre la apertura del juicio oral. Terminada esta fase, las acusaciones presentan el escrito de solicitud de juicio oral y calificación previsto en el artículo 29. La audiencia preliminar funciona entonces como control previo: permite practicar las diligencias admitidas, discutir la procedencia de la apertura del juicio y plantear nuevamente la competencia del Jurado. El juez resolverá mediante auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral y, si acuerda esta última, precisará los hechos justiciables y las personas que deberán ser enjuiciadas[17].

Remitida la causa a la Audiencia Provincial y designado el magistrado-presidente, se abre la fase de constitución del Tribunal. De los candidatos previamente seleccionados se obtienen por sorteo los nueve jurados titulares y los dos suplentes, con posibilidad de recusación en los términos previstos por la Ley, hasta quedar definitivamente constituido el órgano después del juramento o promesa[18]. El juicio oral se desarrolla conforme a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las especialidades de los artículos 42 a 51 LOTJ. La presencia del acusado y de su defensa es obligatoria durante el juicio y la prueba debe practicarse, como regla, ante quienes después habrán de pronunciarse sobre los hechos. Esta inmediación adquiere especial importancia en un sistema en el que los miembros del Jurado forman su convicción a partir

[16] REVILLA PÉREZ, L., *El Letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal del Jurado*, tesis doctoral, Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023, pp. 33-35.
[17] Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, arts. 24-35.
[18] ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., «El ejercicio de la abogacía y el proceso ante el tribunal del jurado: algunas claves prácticas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2237, febrero de 2021, pp. 18 y ss.; Ley Orgánica 5/1995, arts. 38-41.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de la actividad desarrollada en el plenario. Las partes pueden formular alegaciones iniciales, practicar las pruebas admitidas y modificar después sus conclusiones dentro de los límites que impone el principio acusatorio.

Finalizado el juicio, corresponde al magistrado-presidente redactar el objeto del veredicto. No se trata de un simple cuestionario formal: en él deben quedar delimitados los hechos favorables y desfavorables sobre los que habrá de pronunciarse el Jurado y, posteriormente, la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado.

Antes de entregar su redacción definitiva, las partes pueden solicitar modificaciones y formular protesta frente a aquellas decisiones que consideren incorrectas, lo que conserva relevancia para una eventual apelación[19]. El magistrado-presidente entrega después el objeto del veredicto e imparte públicamente las instrucciones sobre la función de los jurados, las reglas de deliberación y votación, las mayorías exigidas y los principios jurídicos que deben respetar, sin expresar valoración alguna sobre el resultado de la prueba. El Jurado se retira entonces a deliberar de forma secreta e incomunicada y debe recoger en el acta tanto su decisión sobre los hechos como una explicación sucinta de los elementos de convicción que justifican el resultado. El veredicto vincula al magistrado-presidente en cuanto a los hechos y a la declaración de culpabilidad o inculpabilidad, correspondiéndole dictar la sentencia, fijar la consecuencia penal y, cuando el veredicto sea condenatorio, identificar la prueba de cargo que permite considerar respetada la presunción de inocencia[20].

El régimen de recursos incorpora una particularidad importante frente a otros procedimientos penales. La sentencia dictada por el magistrado-presidente en primera instancia es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, conforme a los artículos 846 bis a) y siguientes LECr[21]. Esta apelación permite controlar, entre otras cuestiones, las infracciones de normas y garantías procesales, los defectos relativos al veredicto y la suficiencia de la prueba que sustenta la condena.

Contra la sentencia pronunciada en apelación puede interponerse, cuando concurran los requisitos legales, recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Su función ya no consiste en reproducir íntegramente el examen realizado por el Tribunal Superior de Justicia, sino en controlar la corrección jurídica y constitucional de la resolución dictada en segunda instancia. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo

[19] REVILLA PÉREZ, L., *El Letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal del Jurado*, cit., pp. 574-577; Ley Orgánica 5/1995, arts. 52-54.
[20] Ley Orgánica 5/1995, arts. 55-70.
[21] Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 846 bis a) y ss.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ha insistido en que la casación no constituye una nueva apelación ni permite realizar una valoración completa de la prueba personal practicada ante el Jurado[22].

## V. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y PRINCIPALES CUESTIONES ACTUALES

La aplicación de la LOTJ ha estado acompañada desde sus primeros años por una intensa labor interpretativa del Tribunal Supremo, especialmente en materia de competencia y conexidad. La enumeración cerrada del artículo 1 parecía ofrecer un criterio suficientemente preciso, pero la concurrencia en una misma causa de delitos atribuidos al Jurado y delitos propios de órganos profesionales generó numerosos conflictos. La respuesta jurisprudencial ha tratado de impedir dos resultados igualmente problemáticos: extender la competencia del Jurado por la mera presencia de cualquier relación entre los hechos o, en sentido contrario, fragmentar artificialmente procedimientos que necesitan un conocimiento conjunto. Tras la reforma del artículo 17 LECr por la Ley 41/2015, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de marzo de 2017 tomó como referencia la necesidad de preservar la continencia de la causa. Cuando la conexión funcional resulta ineludible, el Jurado puede conocer también de delitos que inicialmente no le estaban atribuidos; si el enjuiciamiento separado es posible sin comprometer la investigación ni la valoración conjunta, la acumulación pierde su fundamento[23].

El objeto del veredicto ha requerido una atención semejante porque constituye el punto de encuentro entre la dirección técnica del magistrado-presidente y la decisión que corresponde exclusivamente a los jurados. Su redacción no puede orientar la respuesta, alterar las posiciones mantenidas por las partes ni trasladar al ciudadano cuestiones jurídicas que excedan de su función. El Tribunal Supremo ha exigido que el cuestionario responda a criterios de claridad, precisión, coherencia interna y neutralidad, y que incluya los elementos fácticos necesarios para resolver las cuestiones realmente sometidas a juicio[24]. La STS 791/2023, de 25 de octubre, vuelve sobre la trascendencia de los artículos 52 y 54 LOTJ y sobre la función de las instrucciones impartidas por el magistrado-presidente. El problema no reside, por ello, en la existencia de una dirección técnica del procedimiento, que resulta necesaria, sino en impedir que esa intervención termine condicionando la decisión que la ley reserva a los miembros del Jurado.

Otro núcleo constante de la jurisprudencia ha sido la motivación. El artículo 61.1.d) LOTJ exige que el acta contenga una explicación sucinta de las razones por las que determinados hechos se consideran probados o

[22] STS Sala 2.ª 753/2023, de 11 de octubre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4286.

[23] Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2017, sobre la incidencia en la competencia del Tribunal del Jurado de las reglas de conexidad tras la modificación del art. 17 LECr.

[24] LÓPEZ JIMÉNEZ, R./ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *Sociedad y Justicia penal: especial referencia al Jurado*, Colex, Madrid, 2023, pp. 88-93; STS Sala 2.ª, de 30 de septiembre de 2013, ROJ: STS 4761/2013.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

no probados. Esa exigencia no permite reclamar a nueve ciudadanos legos una construcción jurídica equivalente a la de una sentencia redactada por un magistrado, pero tampoco admite una respuesta que impida conocer de dónde procede su convicción. La STS 753/2023, de 11 de octubre, mantiene este criterio: deben identificarse los elementos probatorios que sustentan el veredicto y expresarse de manera comprensible las razones que condujeron a la decisión, sin exigir un examen técnico y pormenorizado de cada prueba[25]. La condición lega del Jurado justifica una intensidad distinta de motivación, no su ausencia. El control de la presunción de inocencia necesita que sea posible reconocer una base probatoria de cargo y seguir, al menos en sus elementos esenciales, el razonamiento que llevó a considerar acreditados los hechos.

La cuestión adquiere mayor complejidad en las sentencias absolutorias. El derecho de la persona acusada a no ser sometida nuevamente a un juicio penal después de una absolución entra aquí en relación con el derecho de las acusaciones a obtener una resolución motivada y a que el procedimiento respete las garantías esenciales. La STC 155/2025, de 6 de octubre, aporta un criterio reciente sobre esta tensión al examinar la devolución del acta del veredicto y la intervención del magistrado-presidente. El Tribunal Constitucional considera que el acta refleja un momento esencial de formación de la decisión y que la tutela técnica del presidente no autoriza a interferir en la autonomía deliberativa del Jurado. Al mismo tiempo, las partes deben disponer de las posibilidades de intervención previstas legalmente cuando se discutan defectos que puedan determinar la devolución del acta. La omisión de estos trámites puede afectar tanto al artículo 24.1 como al artículo 24.2 CE[26]. La propia sentencia recuerda que la anulación de una absolución y la celebración de un nuevo juicio solo encuentran justificación constitucional en supuestos particularmente cualificados, entre ellos aquellos en los que la motivación resulte arbitraria o se hayan desconocido garantías esenciales de las acusaciones.

La jurisprudencia europea ha abordado el mismo problema desde el artículo 6.1 CEDH. En *Taxquet c. Bélgica*, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el Convenio no obliga a todos los sistemas con jurado a adoptar idéntica forma de motivación, pero exige que el acusado pueda comprender las razones esenciales de la decisión pronunciada contra él[27]. El interés de esta doctrina para España es evidente, aunque el modelo español parte de una situación distinta porque la LOTJ exige expresamente una motivación sucinta del veredicto. En *Lhermitte c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 2016, el TEDH profundizó en esta apreciación conjunta y consideró suficientes las garantías que permitían reconstruir las razones de la condena mediante las preguntas formuladas al jurado, el desarrollo contradictorio del juicio, la sentencia sobre la pena

[25] STS Sala 2.ª 753/2023, de 11 de octubre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4286.
[26] STC 155/2025, de 6 de octubre de 2025.
[27] TEDH (Gran Sala), *Taxquet c. Bélgica*, demanda núm. 926/05, sentencia de 16 de noviembre de 2010.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

y el posterior control jurisdiccional[28]. No se exige, por tanto, una determinada técnica de redacción aislada del resto del procedimiento; lo que debe poder determinarse es por qué se alcanzó la declaración de culpabilidad. La sentencia *Okropiridze c. Georgia*, de 7 de septiembre de 2023, confirma esa orientación desde una perspectiva todavía más amplia. El TEDH examinó conjuntamente la imparcialidad del jurado, la utilización de determinados medios probatorios, la ausencia de razones expresas en el veredicto y la suficiencia del control realizado por el tribunal de apelación. No apreció vulneración del artículo 6 porque el procedimiento había incorporado garantías capaces de compensar las características del modelo: contradicción sobre la prueba, asistencia letrada, instrucciones orales y escritas, posibilidad de formular observaciones sobre ellas y un recurso posterior resuelto de forma motivada[29]. Este planteamiento permite entender la imparcialidad y la motivación no como exigencias aisladas, sino dentro de la equidad global del procedimiento. También pone de relieve la necesidad de proteger al Jurado frente a interferencias externas, cuestión particularmente sensible cuando un proceso alcanza una fuerte exposición mediática y los ciudadanos llamados a juzgar han tenido contacto previo con informaciones u opiniones sobre los hechos.

Después de más de tres décadas desde la aprobación de la LOTJ, los problemas principales no se concentran ya en la legitimidad constitucional del Jurado, sino en la forma de aplicar algunas de sus reglas. Siguen siendo discutidos el catálogo de delitos, la complejidad de determinados asuntos atribuidos a ciudadanos legos, la conexidad, la elaboración del objeto del veredicto, la calidad de las instrucciones y el nivel de motivación exigible. La regulación española dispone de mecanismos suficientes para someter la decisión a contradicción y control, pero su eficacia depende en buena medida de cómo se ejerza la función técnica del magistrado-presidente. La STC 155/2025 lo muestra con especial claridad: asistir al Jurado no significa sustituirlo ni anticipar su decisión[30].

La evolución posterior a 1995 ha convertido así la práctica jurisprudencial en una pieza inseparable de la propia LOTJ. Buena parte de su funcionamiento actual se entiende por la interpretación acumulada del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el TEDH, más que por sucesivas reformas extensas del texto legal.

## VI. CONCLUSIONES

La evolución del Tribunal del Jurado en España confirma que su presencia dentro del sistema penal no ha respondido a un desarrollo histórico lineal. Su reconocimiento, desaparición y posterior recuperación han

[28] TEDH (Gran Sala), *Lhermitte c. Bélgica*, demanda núm. 34238/09, sentencia de 29 de noviembre de 2016.
[29] TEDH, *Okropiridze c. Georgia*, demandas núms. 43627/16 y 71667/16, sentencia de 7 de septiembre de 2023, §§ 102-106.
[30] STC 155/2025, cit.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

estado ligados a los distintos momentos constitucionales del país. La Constitución de 1978 permitió restablecer la participación ciudadana en la Administración de Justicia y la Ley Orgánica 5/1995 concretó ese mandato mediante un modelo en el que los ciudadanos intervienen directamente en la determinación de los hechos y de la culpabilidad, bajo la dirección jurídica de un magistrado-presidente. Las reformas posteriores no han alterado esa estructura básica, aunque sí han adaptado la regulación a las modificaciones del proceso penal, a las exigencias de igualdad de las personas con discapacidad y a cambios institucionales como la creación de la Fiscalía Europea.

La competencia constituye uno de los aspectos que más dificultades ha producido en la aplicación de la LOTJ. El legislador optó por un catálogo cerrado de delitos que combina conductas contra las personas con otras relacionadas con la actuación de funcionarios públicos, la libertad y la seguridad. La experiencia posterior ha demostrado que la aparente sencillez de algunos tipos penales no siempre se corresponde con la complejidad probatoria de las causas concretas. A ello se añaden los problemas derivados de la conexidad, que han obligado al Tribunal Supremo a precisar cuándo debe mantenerse la unidad del procedimiento y cuándo resulta posible separar el enjuiciamiento. La competencia actual del Jurado depende, por ello, tanto de las reglas de los artículos 1 y 5 LOTJ como de la interpretación jurisprudencial construida en torno a la continencia de la causa.

El procedimiento revela la importancia que adquiere el magistrado-presidente en un tribunal compuesto mayoritariamente por ciudadanos sin formación jurídica. Su función no consiste en decidir los hechos, sino en crear las condiciones necesarias para que el Jurado pueda hacerlo respetando las garantías procesales. Esta responsabilidad resulta especialmente visible en la selección de los jurados, la dirección del juicio, la admisión y práctica de la prueba, la elaboración del objeto del veredicto y las instrucciones previas a la deliberación. El equilibrio es delicado: una intervención insuficiente puede dificultar la comprensión de cuestiones técnicas, mientras que una intervención excesiva puede afectar a la independencia de quienes deben decidir. La jurisprudencia reciente ha insistido precisamente en la necesidad de preservar esa separación de funciones.

La motivación del veredicto es uno de los puntos en los que mejor se aprecia la evolución experimentada por la institución. La condición lega de los jurados justifica que no se les exija el mismo razonamiento jurídico que a un tribunal profesional, pero no permite prescindir de una explicación que identifique las pruebas utilizadas y las razones esenciales de la decisión. Esta exigencia se relaciona directamente con la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y la posibilidad de controlar posteriormente la sentencia. El sistema de recursos completa esa garantía mediante la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, cuando proceda, la casación ante el Tribunal Supremo, sin convertir esta última en una nueva valoración completa de la prueba practicada ante el Jurado.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirma que la compatibilidad del juicio por jurados con el artículo 6 del Convenio no depende de que todos los ordenamientos adopten una misma forma de motivación. Lo relevante es que la persona acusada pueda comprender por qué ha sido condenada y disponga de garantías suficientes durante el procedimiento y en las vías de recurso. El modelo español ofrece una protección particular en este punto porque exige una explicación sucinta del veredicto y atribuye al magistrado-presidente la posterior redacción de una sentencia motivada. Las decisiones de *Taxquet*, *Lhermitte* y *Okropiridze* permiten situar esta regulación dentro de una doctrina europea que valora el proceso en su conjunto y no exclusivamente la forma externa de la respuesta emitida por los jurados.

Treinta años de aplicación de la Ley Orgánica 5/1995 permiten sostener que el debate actual ya no se encuentra en la conveniencia abstracta de admitir la participación ciudadana en la Justicia penal. Las cuestiones pendientes son más concretas: la adecuación del catálogo de delitos, la complejidad de algunas causas atribuidas al Jurado, la delimitación de la conexidad, la claridad del objeto del veredicto, la calidad de las instrucciones y la protección frente a influencias externas. La institución ha permanecido estable porque la jurisprudencia ha ido resolviendo buena parte de las dificultades que el texto legal no podía prever. Una eventual reforma debería partir de esa experiencia y corregir los problemas acreditados por la práctica sin reducir el espacio de participación ciudadana reconocido por el artículo 125 de la Constitución.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria, «El ejercicio de la abogacía y el proceso ante el tribunal del jurado: algunas claves prácticas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXV, núm. 2237, febrero de 2021.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, *La prueba en el juicio por jurados*, tesis doctoral dirigida por Víctor Moreno Catena, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel / ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *Sociedad y Justicia penal: especial referencia al Jurado*, Colex, A Coruña, 2023, ISBN 978-84-1194-254-6.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, «La participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado. A propósito de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, septiembre-diciembre de 2018.

MORALES PAYÁN, Miguel Ángel, «El Tribunal del Jurado en Granada: 1890, la experiencia de un año», *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXVII, 2017.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

REVILLA PÉREZ, Luis, *El Letrado de la Administración de Justicia en el Tribunal del Jurado*, tesis doctoral, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2023.

**Legislación**

Constitución Española de 1978, de 27 de diciembre, especialmente arts. 23.1, 24, 117, 120.3 y 125.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, especialmente arts. 17, 846 bis a) y ss.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1995.

Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. La reforma tuvo como finalidad incorporar al texto modificaciones derivadas de las enmiendas formuladas durante su tramitación parlamentaria.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en particular los preceptos correspondientes a los delitos comprendidos en el art. 1.2 LOTJ.

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, disposición final primera, por la que se modificaron los arts. 32.4 y 48.2 LOTJ.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disposición final tercera, por la que se modificó el art. 1 LOTJ y se excluyó de su competencia el delito de incendios.

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, especialmente en cuanto a la nueva regulación de la conexidad del art. 17 LECr.

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones y con los apoyos y ajustes razonables necesarios.

Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, disposición final tercera, en relación con la exclusión de la competencia del Tribunal del Jurado de los delitos cuya competencia haya sido asumida por la Fiscalía Europea.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**Acuerdos del Tribunal Supremo**

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2017, sobre la incidencia en la competencia del Tribunal del Jurado de las reglas de conexidad tras la modificación del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El acuerdo establece, entre otros criterios, la conservación de la competencia del Jurado cuando la acumulación sea necesaria para evitar la ruptura de la continencia de la causa.

**Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

STS, Sala Segunda, de 30 de septiembre de 2013, ROJ STS 4761/2013, sobre contenido y delimitación del objeto del veredicto. Su identificación aparece recogida en la doctrina utilizada para el análisis del art. 52 LOTJ.

STS, Sala Segunda, núm. 753/2023, de 11 de octubre de 2023, rec. núm. 10196/2023, ponente Vicente Magro Servet, ECLI:ES:TS:2023:4286.

STS, Sala Segunda, núm. 791/2023, de 25 de octubre de 2023, rec. núm. 10592/2022, ponente Carmen Lamela Díaz, ECLI:ES:TS:2023:4366.

**Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

STC 155/2025, de 6 de octubre de 2025, Sala Primera, recurso de amparo núm. 6542-2022, ECLI:ES:TC:2025:155, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 2025. La sentencia se refiere específicamente a la revocación de una absolución pronunciada por un Tribunal del Jurado, la devolución del acta del veredicto y el principio *non bis in idem*.

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

TEDH (Gran Sala), *Taxquet c. Bélgica*, demanda núm. 926/05, sentencia de 16 de noviembre de 2010.

TEDH (Gran Sala), *Lhermitte c. Bélgica*, demanda núm. 34238/09, sentencia de 29 de noviembre de 2016.

TEDH, *Okropiridze c. Georgia*, sentencia de 7 de septiembre de 2023. La resolución examina conjuntamente la imparcialidad del jurado, la prueba, la ausencia de motivación expresa del veredicto y las garantías ofrecidas por el control posterior.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# JUICIO SOBRE DELITOS LEVES, EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TASADA

*M.ª Ángeles Roselló Juárez*

Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Tarragona

**SUMARIO:** *I. Introducción. 1. Evolución legislativa del Juicio sobre Delitos Leves. 2. Delimitación del Juicio sobre Delitos Leves. a) Conceptos generales. b) Regulación básica. II. El Ministerio Fiscal como parte. 1. El Ministerio Fiscal como parte en el Ordenamiento Jurídico Español. 2. Análisis de la Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención como parte del Ministerio Fiscal en el Juicio sobre Delitos Leves. III. El principio de oportunidad tasada. 1. Concepto y naturaleza. 2. Marco normativo. a) Aplicación del principio de oportunidad en los Juicios sobre Delitos Leves. b) Participación del ofendido respecto al ejercicio de la potestad dispositiva. c) El principio de oportunidad tasada en los delitos semipúblicos y privados. d) La Jurisprudencia aplicada al principio de oportunidad tasada en los delitos leves. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente artículo parte de la premisa de lo costoso que resulta el proceso penal para el Estado de Derecho y de los limitados recursos de los que disponen los tribunales españoles para hacer frente a la inmensa cantidad de procedimientos judiciales que se tramitan y que generan una carga de trabajo extrema. Cabe hacer referencia a DAPONTE CODINA, J.M[1], según quien "cualquier juicio por menor que sea, cuesta una media de 3.000 euros, entre gastos de personal, edificios, materiales de oficina, mantenimiento de oficinas, seguridad, ofimática, etc". CUADRADO SALINAS[2], en el año 2011 ya dijo «en el momento actual, nadie duda de la necesidad de utilizar de forma racional los escasos recursos judiciales disponibles, y con ello la necesidad de reducir las dilaciones del proceso provocadas por el excesivo volumen de asuntos en espera de ser enjuiciados por los Tribunales. Parece inevitable que la consecuencia del imparable aumento de ilícitos penales y la dificultad por parte del Estado de adjudicar a la Administración de Justicia mayores recursos, tanto humanos como materiales, sea el colapso de sus vías ordinarias y, por tanto, se generen graves fallos en su operatividad y eficacia. Parece razonable, pues, que el legislador adopte medidas que permitan el uso de los escasos recursos judiciales para asuntos mucho más graves y complejos».

[1] DAPONTE CODINA J.M., "Conflicto y Mediación", Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña.

[2] CUADRADO SALINAS, C., El principio de oportunidad. El Sobreseimiento por razones de oportunidad reglada, 2011, págs. 363-404.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por su parte, GIMENO SENDRA[3] señala que, en Europa, ya desde hace años, se está produciendo una «aceleración» del proceso penal mediante la creación de nuevos procedimientos simplificados, la potenciación de los sistemas de *guilty plea* y de «transacción penal» y la incorporación del sobreseimiento por razones de oportunidad en los delitos-bagatela.

Por ello, el principio de oportunidad se presenta como una herramienta, por un lado, para rebajar los costes judiciales y, por otro lado, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que establece el artículo 24.2 de la Constitución Española, en el que tiene una relevancia primordial, la intervención como parte del Ministerio Fiscal, como se expondrá más adelante.

## 1. Evolución legislativa del Juicio sobre Delitos Leves

La separación entre los delitos y las faltas se consolidó en España con el nacimiento del constitucionalismo y los primeros códigos penales modernos.

El **Código Penal de 1848** asentó la división de las infracciones en graves, menos graves y faltas. Las faltas eran aquellas acciones cotidianas que perturbaban el orden público o la convivencia vecinal, pero que no merecían el reproche social de un delito.

**La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882** dedicó su Libro VI a regular el "Procedimiento para el juicio de faltas". Se diseñó como un proceso ágil, oral y concentrado, donde la instrucción previa era mínima o inexistente. Su conocimiento se atribuyó históricamente a los Jueces de Paz y a los Jueces de Distrito (más tarde reconvertidos en Jueces de Instrucción).

Con la aprobación del **Código Penal de 1995** de la democracia (Ley Orgánica 10/1995), las faltas quedaron agrupadas en el Libro III bajo el título "De las faltas y sus penas". Las Faltas eran conductas castigadas exclusivamente con penas leves (como multas de pocos días, localizaciones permanentes o privaciones de derechos cortas). El juicio de faltas se caracterizaba por la inmediatez y tenían un plazo de prescripción muy corto, fijado en seis meses.

A principios del siglo XXI, el juicio de faltas se convirtió en una de las mayores fuentes de saturación para los Juzgados de Instrucción de toda España. Cualquier pequeño alcance vehicular con lesiones leves (por latigazo cervical, por ejemplo) terminaba por la vía penal mediante un juicio de faltas para activar el informe del médico forense. Así mismo, las disputas vecinales insignificantes o hurtos nimios consumían enormes recursos públicos, lo que chocaba frontalmente con el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

[3] GIMENO SENDRA, LV., Derecho Procesal Penal, Segunda edición, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, págs., 70-75.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La aprobación de la **Ley Orgánica 1/2015** supuso el fin del histórico juicio de faltas. El legislador justificó esta supresión con el fin de reducir drásticamente el volumen de litigios penales. El antiguo Libro III del Código Penal fue derogado, distribuyendo las conductas que antes eran faltas en tres vías distintas: Conversión en Delitos Leves: Las faltas más significativas (como las amenazas, coacciones, lesiones o hurtos inferiores a 400 euros) pasaron a denominarse delitos leves. Procesalmente, el juicio de faltas fue sustituido por el Juicio sobre Delitos Leves.

Remisión a la Vía Administrativa de las infracciones relacionadas con el orden público o el descuido de animales se trasladaron a la legislación administrativa, principalmente a través de la conocida "Ley Mordaza" (Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana).Y remisión a la Vía Civil de las imprudencias más leves (especialmente los accidentes de tráfico sin gravedad extrema) dejaron de considerarse ilícitos penales, obligando a los ciudadanos a reclamar las indemnizaciones directamente ante los tribunales civiles.

La pretensión ambicionada por esta reforma fue reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves de la sociedad -principio de última ratio-, que por ello deben merecer un tratamiento acorde a su consideración, y la nueva categoría de delitos leves permite subsumir aquellas conductas constitutivas de falta que se estima necesario mantener. No obstante, al igual que ha ocurrido en la esfera penal, en el plano del Derecho Procesal Penal la reforma no ha implicado, ciertamente, nada más allá de una acomodación mínima del antiguo juicio de faltas al nuevo proceso por delitos leves. En palabras de SANTOS MARTÍNEZ[4], no se crea un procedimiento específico para los delitos leves, sino que se adapta aquel por cuyos cauces transcurría el enjuiciamiento de las faltas a la nueva modalidad delictiva, por lo que, de facto, el juicio de faltas sigue vigente.

La **Ley Orgánica 1/2026, de 8 de abril**, en vigor desde el 10 de abril de 2026, introduce importantes modificaciones en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con especial incidencia en la multirreincidencia. La reforma responde a la problemática constante ya referida y muy concreta: la reiteración de delitos leves, especialmente en el ámbito patrimonial, que hasta ahora tenían una respuesta penal limitada.

El cambio más relevante de la norma es que modifica los artículos 234 y 248 del Código Penal para prever que, cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos de la misma naturaleza, siendo al menos uno de ellos leve, pueda aplicarse la pena prevista para el tipo básico sin computar los antecedentes cancelados o que debieran serlo. Esto tiene una consecuencia práctica determinante: quien

[4] SANTOS MARTÍNEZ, A.M, SORIANO FUENTES, O. El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales, Tirant lo Blanch, 217, Pág. 530.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

comete un cuarto hurto o estafa - aunque sea por menos de 400 euros puede ser juzgado y condenado conforme al tipo menos grave, con penas de hasta seis meses de prisión o multa de doce a veinticuatro meses.

Asimismo, en la parte general del Código Penal, la reforma modifica el artículo 22.8ª, relativo a la reincidencia, para mantener la regla general según la cual no se computan los antecedentes por delitos leves, salvo en los tipos agravados por multirreincidencia de delitos leves. La regla general no cambia: una condena aislada por delito leve no hace reincidente al penado. La excepción opera únicamente cuando esa condena forma parte del esquema de multirreincidencia descrito.

Finalmente, se atribuye a las entidades locales - los ayuntamientos - legitimación para ejercer la acción penal por los delitos de hurto. Esta novedad, que afecta directamente a los procedimientos por hurto leve en entornos comerciales y urbanos, añade un nuevo actor procesal junto al Ministerio Fiscal y la víctima particular.

## 2. Delimitación del Juicio sobre Delitos Leves

### a) Conceptos generales

El juicio sobre delitos leves (antiguos juicios de faltas) está delimitado en el ordenamiento jurídico español por la gravedad de las penas, el tipo de infracción y un procedimiento caracterizado por la rapidez y la ausencia de fase instructora compleja.

Son Delitos Leves aquellos que el Código Penal castiga exclusivamente con penas leves (Art. 13.3 CP), como multas de hasta tres meses o localizaciones permanentes cortas.

Su enjuiciamiento corresponde de forma general a **los** Juzgados de Instrucción (Art. 14.1 LECr), salvo en casos de Violencia de Género, que van a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Los tipos comunes de Delitos Leves son: Hurtos de cuantía inferior a 400 €, lesiones que no requieren tratamiento médico, amenazas o coacciones leves, y estafas menores de 400 €.

Lo que caracteriza el Procedimiento del Juicio sobre Delitos Leves es que carece de fase de instrucción, no existe una investigación judicial previa; se pasa directamente del conocimiento del hecho (denuncia o atestado) a la convocatoria del juicio.

El Ministerio Fiscal puede solicitar el sobreseimiento si el delito es muy leve, no hay interés público y la víctima ha sido reparada (Art. 963 LECr), lo que se desarrollará ampliamente a lo largo de este artículo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Otra especialidad de este procedimiento es que no es obligatoria la intervención de abogado y procurador de forma general si la pena multa máxima imponible es inferior a seis meses.

Por último, el juicio es público y oral; en una sola vista se practican las pruebas (testigos, peritos, declaraciones) y se dictamina el fallo.

### b) Regulación básica

La regulación básica del juicio sobre delitos leves en España se encuentra estructurada entre el Código Penal (que define las infracciones) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que marca el procedimiento).

El artículo 13.3 del Código Penal aporta la definición de delito leve y Artículo 33.4 del mismo texto legal determina el catálogo de penas leves. Y el Libro VI, Título III (Artículos 962 a 977) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) regula el procedimiento general y especial.

## II. EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE

### 1. El Ministerio Fiscal como parte en el Ordenamiento Jurídico Español

El Ministerio Fiscal (en delante MF) tiene una posición constitucional regulada en el artículo 124 de la Constitución Española (de aquí en adelante CE). Además, en nuestra CE se hacen otras referencias a dicha figura: en el artículo 127 CE, donde impone tanto a los jueces como a los fiscales un régimen de incompatibilidad con otros cargos públicos, así como su afiliación a partidos políticos; en el artículo 162 CE al referirse a la legitimación activa del MF en el recurso de amparo. Por ello, el MF es objeto de una garantía institucional[5], es decir, la figura del MF es protegida constitucionalmente y debe garantizarse. Actualmente, el MF es una figura cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Además, tiene que velar por la independencia de los Tribunales y satisfacer el interés social. El MF es una figura con personalidad jurídica propia, integrado autónomamente en el Poder Judicial, y ejerce su misión conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y siempre estará sujeto a los principios de legalidad e imparcialidad. En lo que se refiere al principio de legalidad, actuará siempre sujeto a la CE, a las leyes y de más normas que integren el ordenamiento jurídico vigente.

Respecto del principio de imparcialidad, actuará con objetividad plena e independencia en la defensa de los intereses que le son encomendados, ya que siempre busca la satisfacción de los intereses sociales. En aras de

[5] DIEZ - PICAZO, L.M., El Poder de acusar, Ariel, Barcelona, 2000, p. 159.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los principios de unidad y de dependencia jerárquica[6], el MF será único para todo el Estado, sin dejar al margen que dentro del MF hay una estructura en la que dependen jerárquicamente unos de otros.

## 2. Análisis de la Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención como parte del Ministerio Fiscal en el Juicio sobre Delitos Leves

La Fiscalía General del Estado remitió su Circular 1/2015, estableciendo sus criterios para el ejercicio de la acción penal para la persecución de los Delitos Leves. Tras la reforma legal, y de acuerdo con el principio de intervención mínima del derecho penal, una parte de las infracciones leves quedó despenalizada y son sancionadas en la vía administrativa o civil, y el resto quedan incluidas en el Código Penal bajo la forma de delitos leves, que quedan asimilados a las características del juicio de faltas. La novedad que supone la introducción de principio de oportunidad reglada y la necesidad de determinar en cada caso si se trata o no de un delito leve, motivó que la Fiscalía General del Estado enviara una Circular para que los fiscales dispusieran de pautas claras de actuación. La Circular sintetiza su contenido en las siguientes conclusiones:

1ª. Es delito leve el castigado con pena que ostente rango leve en toda su extensión o en una parte de ella (arts. 13.3 y 4, inciso segundo y 33.4 CP).
2ª. El delito que tenga asignadas dos o más penas de imposición conjunta o alternativa sólo es leve si todas cumplen la condición anterior.
3ª. En los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas, se seguirán las siguientes pautas generales:
-El archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria.

- No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales.
- No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (art. 163.4 CP), contra el patrimonio histórico (art. 324 CP), de falsedad documental (arts. 397, 399 y 400 CP), contra la Administración Pública (art. 406 CP) y contra la Administración de Justicia (arts. 456.1.3º, 465.2 y 470.3 CP), salvo casos excepcionales.

[6] Capítulo II del Título II del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

- Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los arts. 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del art. 245.2 CP.

4ª. En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los Sres. Fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en la Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado.

5ª. Los Sres. Fiscales tendrán a la vista la hoja histórico penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

6ª. Los Sres. Fiscales asistirán al enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

- Homicidio por imprudencia menos grave del art. 142.2 CP producido por la circulación de vehículos de motor o ciclomotores, prestación de servicios públicos o privados de transporte colectivo de personas, o en el ámbito laboral, sanitario o profesional.
- Lesiones por imprudencia menos grave del art. 152.2 CP en relación con el art. 149 CP en los casos señalados en el punto anterior.
- Lesiones dolosas del art. 147.2 CP.
- Maltrato de obra del art. 147.3 CP cuando la víctima sea persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad.
- En cualesquiera otros delitos, siempre que haya sido el propio Fiscal quien haya interpuesto la correspondiente denuncia en nombre de una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida al amparo de lo establecido en el art. 105.2 LECr.

7ª. Los Sres. Fiscales se abstendrán de intervenir en el enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

- Lesiones por imprudencia menos grave del art. 152.2 CP en relación con el art. 150 CP.
- Maltrato de obra del art. 147.3 CP, cuando la víctima no sea persona vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- Amenazas y coacciones leves de los arts. 171.7, 1 y 172.3, 1 CP.

-Injurias leves en el ámbito doméstico del art. 173.4 CP.

Daños por imprudencia grave del art. 267 CP.

8ª. El delito leve de injurias graves hechas sin publicidad del art. 209 CP es un delito privado. La disposición de la acción penal corresponde en exclusiva al ofendido.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

9ª. El principio de oportunidad es retroactivamente aplicable a las faltas que no hayan sido enjuiciadas antes del día 1 de julio de 2015.

## III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD TASADA

### 1. Concepto y naturaleza

Finalmente llegamos al tema principal del presente artículo que es el estudio profundo del principio de oportunidad. Para GIMENO SENDRA puede definirse como «la facultad que el ordenamiento procesal confiere al MF para, no obstante, la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos»[7].

Esto es, por medio del principio de oportunidad lo que se busca es otorgar al ministerio público la capacidad de no perseguir ciertos delitos o atenuar las consecuencias de estos.

Más técnicamente, la Recomendación 18 (87) del Comité de ministros del Consejo de Europa lo define como la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado.

Este principio se opone al de legalidad por el cual, una vez llegada la *noticia criminis* al juez, éste está obligado a incoar el procedimiento y el Fiscal a promover la acción de la justicia. Actualmente, nuestro proceso penal está regido por dicho principio de legalidad, como claramente podemos deducir de los artículos 100, 105 y 271 LECr (que obligan al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones oportunas) y 642 a 644 LECr (que regulan las causas tasadas de sobreseimiento).

Si bien es necesario compatibilizar el principio de legalidad para dotar al sistema penal colapsado una mayor eficiencia con los escasos medios de que dispone, pero ello siempre con las debidas cautelas dado que el principio de legalidad es la garantía más importante que la sociedad ha articulado frente al ejercicio del poder y limitarlo supone limitar una garantía[8]. Voltaire decía «la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes»[9]. Por tanto, cada vez que nos refiramos al principio de oportunidad tendremos que analizar sus ventajas e inconvenientes respecto del principio de legalidad, que rige nuestro ordenamiento.

---

[7] GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal cit., págs. 70-75.

[8] ARMENTA DEU, T., "Formas especiales de terminación del procedimiento penal. Terminación por razones de oportunidad en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020", ARAGÜENA FANEGO, C. (dir), en Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 8-36.

[9] VOLTAIRE, Opúsculos satíricos y filosóficos, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 194.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Se podría incluso considerar que una aplicación imprudente del principio de oportunidad atentaría contra la garantía de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes establecida en la STC 136/1989[10]. Esto crearía inseguridad jurídica entre los ciudadanos.

## 2. Marco normativo

Como ya se ha mencionado desde la introducción del presente artículo, el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal tiene el objeto de racionalizar el uso del servicio público de Justicia, así como reducir la litigiosidad que recae sobre juzgados y tribunales, siendo introducido en el Ordenamiento Jurídico Español en la reforma promovida por la LO 1/2015.

Esta introducción constituye la principal novedad con respecto al anterior juicio de faltas, y por ello, el legislador se refiere al mismo en el Preámbulo del citado texto legal (apartado XXXI, 21º y 22º), que introduce un instrumento que faculta a jueces y tribunales a prescindir, tanto de la continuación del proceso como de la imposición de una sanción penal, teniendo ambas decisiones una causa común: la escasísima gravedad de determinadas conductas. Esta decisión, que no deja de ser eminentemente una manifestación del principio de mínima intervención o última ratio, tiene como objetivo descargar a los tribunales de la tramitación de causas bagatela carentes de verdadera relevancia que, tal y como se indica en el mencionado Preámbulo, *reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves.*

### a) Aplicación del principio de oportunidad en los Juicios sobre Delitos Leves

La reforma transformadora de la LO 1/2015 no reconoce ilimitadamente la terminación anticipada del proceso penal por razones de oportunidad, sino que impone requisitos de competencia, pues selecciona de entre los operadores jurídicos presentes en el proceso por delitos leves aquellos que pueden apreciarla y solicitar la finalización del juicio, como al procedimiento, a efectos de limitar la discrecionalidad de los órganos competentes.

Respecto a la competencia, la LO 1/2015 atribuye al MF, como órgano público de acusación, la potestad de instar la terminación anticipada del proceso por razones de oportunidad cuando quede evidenciada la escasa trascendencia de los hechos. El ejercicio de la acción penal está sujeta al principio de legalidad, para que el principio de oportunidad pueda ser aplicado, se requiere una previsión normativa expresa, que se establece en los arts. 963.1.1ª, 964.2. a) y 965.1.1ª LECr. En cuanto al procedimiento, el artículo 962.1 LECr, que regula el denominado enjuiciamiento inmediato, señala que cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de hechos

[10] Sentencia núm. 136/1989 de 19 de julio, TC (Sala Primera) 19 de julio de 1989, Aranzadi RTC 1989/136.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

constitutivos del delito de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias, cuyo enjuiciamiento corresponda al Juez de Instrucción de guardia o a otro del mismo partido judicial, procederá a redactar el correspondiente atestado y a citar ante el juzgado de guardia a las partes. Pues bien, recibido el atestado en el juzgado de guardia, dispone el 963.1 que el Juez puede acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando el Ministerio Fiscal lo solicite y concurran las dos siguientes circunstancias, puesto que el legislador emplea la conjunción "y", de lo cual se extrae que deben concurrir de forma conjunta:

1º) El delito leve denunciado sea de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

2º) que no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. Sin embargo, MARCOS FRANCISCO[11], apunta que es peligroso, por ser contrario a la seguridad jurídica consagrada en el art. 9.3 CE, la configuración del régimen jurídico del principio de oportunidad, que está supeditado a la concurrencia de circunstancias que representan conceptos jurídicos indeterminados, y es que, el legislador no concreta a qué se refiere con "circunstancias de muy escasa gravedad", o "interés público relevante". Y es que la ley solo deja claro cuándo existe interés público relevante en los delitos patrimoniales, puesto que se concreta que "se entiende que no existe interés público cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado" (art. 963.1.1ª, b LECr).

En lo que respecta a los delitos leves no patrimoniales, se ha de estar a la interpretación de la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2015, estableciendo las pautas de qué se entiende por muy escasa gravedad, y si hay o no interés público relevante en perseguir determinados delitos.En lo que atañe a la escasa gravedad, para que esta sea apreciada de forma que justifique la terminación anticipada del proceso, debe tenerse en cuenta la naturaleza o valor del bien jurídico protegido por el concreto tipo de lo injusto, de tal modo que, si afecta a bienes jurídicos de naturaleza personal, el MF debe mostrar una especial cautela a la hora de instar el sobreseimiento y el grado o intensidad del daño o riesgo creado u ocasionado; si el delito ha sido consumado, debe igualmente ser el MF especialmente cauteloso a la hora de renunciar al ejercicio de la acción penal.

Con respecto a las circunstancias personales del autor, debe valorarse su edad, si tiene o no antecedentes penales por hechos similares, frecuencia de las conductas delictivas y si ha mostrado arrepentimiento y disposición a reparar los daños causados.

11 MARCOS FRANCISCO, D. "Cuestiones problemáticas en la persecución y enjuiciamiento de los nuevos delitos leves", Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 3, 2015, Pág. 52.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En relación con el interés público relevante, se debe atender a los intereses generales en afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico y los particulares de la víctima.

Asimismo, el archivo de la causa por razones de oportunidad no queda circunscrito al enjuiciamiento inmediato de los delitos leves, sino que se prevé con idénticos requisitos en el procedimiento común, tanto en el enjuiciamiento rápido por el juzgado de guardia (art. 964.2 LECr) como en el ordinario fuera del servicio de guardia (art. 965.1.1 a) LECr).

**b) Participación del ofendido respecto al ejercicio de la potestad dispositiva**

La reforma operada por la tan analizada LO 1/2025, parece no tener en cuenta a la víctima del delito, al afirmar que el Juez remite únicamente el atestado o denuncia del ofendido al Ministerio Fiscal para, si lo considera procedente, instar el sobreseimiento, no ofreciendo posibilidad alguna al ofendido de pronunciarse al respecto del informe evacuado por el Fiscal solicitando el archivo.

Dicha regulación choca frontalmente con los principios de contradicción y audiencia, y vulnera el Estatuto de la Víctima del Delito, aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de Abril, que en su art. 12.2 reconoce que *la víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario para ello que se haya personado anteriormente en el proceso*.

Ante esta laguna de la reforma, una vez más es la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado, la que aclara las contradicciones expuestas y configura como requisito esencial que el Ministerio Fiscal disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima antes de proceder a evacuar su informe. MARCOS FRANCISCO[12], señalaba que en caso de que el procedimiento se inicie por denuncia de la víctima, la misma constituye una manifestación de su voluntad de perseguir el delito, mientras que en el resto de los casos, los indicados elementos de juicio para poder evaluar la opinión de la víctima deben ser extraídos del propio atestado. En consecuencia, a menos que la opinión de la víctima resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho o se aparte del interés general, dicha opinión será determinante para evaluar la existencia o no de interés público relevante, lo cual informará la decisión del Fiscal de instar o no la finalización del proceso.

Ahora bien, la voluntad de la víctima puede no mantenerse constante durante el proceso, por lo que el MF debe estar a la última voluntad expresada o manifestada (p. ej. retirar la denuncia, deseo de no volver a ser citado, que constituye *per se* expresión suficiente de desinterés procesal, o desatender sin causa los llamamientos efectuados por la Policía o el Juzgado competente).

[12] MARCOS FRANCISCO, op. Cit, Pág. 57.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Además, en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de víctimas, señala la Circular 1/2015 que habrá de valorarse la postura adoptada por todas y cada una de ellas, debiendo estimarse necesaria la continuación del proceso si una o varias señalan de forma clara y libre su voluntad de recabar la tutela del Juez o Tribunal que deba conocer de la causa.

Por último, una vez evacuado el informe del MF, favorable a la celebración del juicio oral, no podrán ser trasladadas a aquél nuevas rectificaciones del anterior criterio de la víctima, salvo casos excepcionales.

**c) El principio de oportunidad tasada en los delitos leves semipúblicos y privados**

En primer lugar, referir que, en lo que respecta a los delitos privados, al no estar legitimado el Ministerio Fiscal para ejercitar la acción penal –pues solo el ofendido puede disponer de la misma–, se tramitarán por el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, pero sin posibilidad de aplicación del principio de oportunidad por el MF.

En relación con los delitos semipúblicos, el art. 969.2 LECr dispone que, mediando instrucción del Fiscal General del Estado, "los Fiscales podrán dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los arts. 963.1 y 964.2 cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado".

MARTÍN PASTOR[13], se manifiesta contrario con esta habilitación del MF por considerarla contraria a la Seguridad Jurídica ya que considera que prevé que el MF no estará obligado a emitir el informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad cuando no acuda al juicio oral, pero sí lo estará cuando, a pesar de estar dispensado, acuda al mismo, lo cual supone un tratamiento discrecional que pone en riesgo la seguridad jurídica.

Ante la habilitación conferida por el art. 969.2 LECr., Fiscalía General, en su Circular 1/2015, establece que "en los delitos semipúblicos, por lo tanto, el Fiscal no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad en los casos en los que, conforme a los criterios de la presente circular, esté dispensado de acudir al juicio oral".

**d) La jurisprudencia aplicada al principio de oportunidad en los delitos leves**

No existe jurisprudencia como tal aplicada al principio de oportunidad en los delitos leves dado que la Jurisprudencia la crean las Sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y, en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia y, ex. Art. 977 LECr, no cabe ningún recurso contra la Sentencia dictada en segunda instancia, por las Audiencias Provinciales, en los juicios por delitos leves. Así pues la jurisprudencia

[13] MARTÍN PASTOR, J. La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español. En : FUENTES SORIANO., MORENO CATENA, V., AÑÓN ROIG, MJ. y otros, El proceso penal. Cuestiones Fundamentales, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 57.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

aplicable se articula principalmente a través de la denominada "Jurisprudencia menor", resoluciones de las Audiencias Provinciales que no tienen poder para fijar doctrina legal vinculante para todo el Estado, aunque sirvan como guía para conocer la tendencia de los jueces, y que como el artículo 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) exige que el archivo se decrete antes de ir a juicio, las resoluciones judiciales sobre esta materia se dictan en forma de Autos de sobreseimiento y no de Sentencias. Y circulares normativas de la Fiscalía General del Estado (FGE), como la circular 1/2015 de la FGE, profusamente analizada a lo largo de este trabajo.

## IV. CONCLUSIONES

El encaje del principio de oportunidad dentro de la Constitución Española (CE) es uno de los debates más interesantes del derecho procesal, ya que el artículo 124 CE, que regula las funciones del Ministerio Fiscal, redactado originalmente bajo un mandato estrictamente ligado al principio de legalidad.

El artículo 124.1 de la Constitución establece las misiones del Ministerio Fiscal: *El Ministerio Fiscal (...) tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (...) así como velar por la independencia de los Tribunales.*

A primera vista, la expresión "en defensa de la legalidad" blindaba la idea de que el Fiscal está obligado a perseguir de forma automática e inflexible todo hecho con apariencia de delito. No obstante, el propio artículo añade un elemento clave: "del interés público tutelado por la ley".

La doctrina constitucional y el Tribunal Supremo han determinado que el principio de legalidad no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para proteger a la sociedad. Aquí es donde el concepto de interés público actúa como el puente constitucional que justifica la introducción del principio de oportunidad:

- No todo hecho típico exige reproche penal, sino que, en ocasiones, celebrar un juicio por un hecho insignificante (por ejemplo, el hurto de un bolígrafo) cuesta más dinero público y recursos que el daño causado.
- La pena como última ratio, ya que si el infractor ha reparado el daño y la víctima está satisfecha, el interés público en castigar disminuye. Destinar recursos materiales a ese juicio perjudica el interés general de juzgar delitos graves de forma rápida.

Por lo tanto, cuando el Fiscal aplica el principio de oportunidad (como en el art. 963 de la LECr), no está vulnerando la Constitución; está aplicando de forma ponderada la defensa del interés público que la propia CE le encomienda.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Para que el principio de oportunidad encaje en la CE sin vulnerar el artículo 14 (derecho a la igualdad ante la ley) ni el propio artículo 124, el legislador no adopta un sistema de oportunidad libre (como el de Estados Unidos, donde el Fiscal decide con total discrecionalidad a quién acusa). Sino que en el Ordenamiento Jurídico español rige la oportunidad reglada, que implica, en primer lugar, el sometimiento a la ley, ya que el Fiscal solo puede decidir no acusar en los casos exactos que el poder legislativo ha previsto en la ley (por ejemplo, en delitos leves o en la jurisdicción de menores). Y en segundo lugar, el control judicial, porque la última palabra no la tiene el Fiscal, sino el Juez de Instrucción, quien debe validar el archivo propuesto, garantizando que no existan decisiones arbitrarias.

Asimismo, el artículo 124.2 CE señala que el Fiscal actúa conforme a los principios de legalidad e imparcialidad. Es decir, la aplicación del principio de oportunidad exige al Fiscal ser estrictamente imparcial, debiendo valorar objetivamente si se cumplen los requisitos legales (reparación del daño, falta de antecedentes) de manera idéntica para cualquier ciudadano, evitando que se convierta en un privilegio selectivo.

En conclusión, el principio de oportunidad reglada persigue el loable fin de redistribuir los escasos medios que tiene la Administración de Justicia, no malbaratándolos en asuntos que no requieren el reproche más contundente de nuestro Ordenamiento Jurídico, cual es el reproche penal, para maximizar su efectividad en aquellos casos que realmente requieren de la protección de bienes jurídicos relevantes y, aunque mejorable, como todo, logra un encaje adecuado dentro de los mandatos constitucionales.

## V. BIBLIOGRAFÍA

DE LA ROSA CORTINA, J.M. “El juicio por delitos leves”, Centro de Estudios Jurídicos, 2015. FARALDO CABANA, P. Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas, Tirant lo Blanch, 2016.

GIMENO SENDRA, V. Manual de Derecho Procesal Penal, Castillo de Luna, Madrid, 2018. GUILLAMÓN SENENT, J. V. “Juicio por delito leve y garantías procesales”, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2017.

MARCOS FRANCISCO, D. “Cuestiones problemáticas en la persecución y enjuiciamiento de los nuevos delitos leves”, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 3, 2015.

MARTÍN PASTOR, José. La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español. En: FUENTES SORIANO, O., MORENO CATENA, V., AÑÓN ROIG. M.J. y otros, El proceso penal. Cuestiones Fundamentales, Tirant lo Blanch, 2017.

MAZA MARTÍN, J. M. “Breves apuntes para una reforma del juicio de faltas” Revista del Poder Judicial 9/2006.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

MONTERO AROCA J., GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR. Derecho Jurisdiccional I. Parte General. Tirant lo Blanch, 24ª edición, 2016.

MONTERO AROCA. J., GÓMEZ COLOMER. J.L, BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR. I., Y ETXEBARRÍA GURIDI. J.F. Derecho Jurisdiccional III. El Proceso Penal, Tirant lo Blanch, 2018.

MORENO CATENA. V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, 2017.

MUERZA ESPARZA, J. "Aspectos procesales de los nuevos delitos leves". Diario La Ley nº 8257, 24 de Febrero de 2014.

PERRÓN, W. Principio de oportunidad y orden penal, vías para el proceso penal en Alemania. El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales, Tirant lo Blanch, 2015.

PUIGVERT TERRA. J. Y RUIZ-ZORRILLA CRUZATE. B. El juicio de delitos leves. En: CUGAT MAURI, M., BAUCELLS LLADÓS J. Y AGUILAR ROMO. M, Manual de litigación penal, Tirant lo Blanch, 2017.

SANTOS MARTÍNEZ, A. La Instrucción de los delitos leves. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales, Tirant lo Blanch, 2017.

DAPONTE CODINA J.M., «Conflicto y Mediación», Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», La ley digital, Nº 151, Sección Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto 2021, Wolters Kluwer.

FLAVIO GOMES, L. «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», Francisco Bueno Arús (coord.), «Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez», 2006.

VARGAS GALLEGO, A.I., «Principio de legalidad. Principio de oportunidad», LEFEBVRE, 17/7/2019.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# Jurisprudencia Civil

## LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES COMO CAUCE EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE PARA LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTACIÓN BANCARIA: COMENTARIO AL AUTO DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2026

*Evelin Agüera Perálvarez*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

**SUMARIO:** *I. Planteamiento: la duplicidad de cauces para reclamar documentación contractual y su coste sistémico. II. Naturaleza y función de las diligencias preliminares en la LEC. III. El supuesto resuelto por el Auto del Pleno de la sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2026. IV. Valoración: el impacto del auto sobre la doctrina y la práctica forense. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Sentencias y autos citados*

**Resumen:** *El Auto de 23 de julio de 2026 (rec. 143/2026) del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo aborda una cuestión que se produce con frecuencia en la práctica forense: cuál es el cauce procesal adecuado para que un cliente bancario obtenga de la entidad financiera la documentación relativa a un contrato de crédito, cuando dicha solicitud tiene por finalidad preparar un eventual litigio posterior. Ante una praxis heterogénea, que alternaba entre la vía de las diligencias preliminares del artículo 256.1 LEC y la interposición de un proceso declarativo de condena a hacer, el Tribunal Supremo, sobre la base de una interpretación literal, sistemática y teleológica de los artículos 256 y siguientes de la LEC, concluye que las diligencias preliminares constituyen el cauce procesal adecuado, exclusivo y excluyente, quedando descartada la utilización del juicio declarativo para esa concreta finalidad.*

### I. PLANTEAMIENTO: LA DUPLICIDAD DE CAUCES PARA RECLAMAR DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL Y SU COSTE SISTÉMICO

Es frecuente que el cliente bancario necesite, antes de decidir si litiga contra la entidad con la que contrató, disponer de determinada documentación en poder de esta: el duplicado del contrato, los detalles de los movimientos, la liquidación de intereses o la ficha normalizada europea. Esta necesidad plantea un problema procesal de primer orden.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En la práctica se ha recurrido tanto a la interposición de diligencias preliminares del art. 256 LEC; como a presentación de un procedimiento ordinario o verbal en el que se ejercita una acción de condena a la obligación de hacer consistente en la entrega de la documentación[1]. La elección entre uno u otro cauce no es indiferente. Determina la necesidad de postulación técnica, la competencia territorial, la eventual exigencia de acudir previamente a un medio adecuado de solución de controversias (en adelante, MASC) y el régimen de imposición de costas[2].

En el seno de un conflicto negativo de competencia territorial, el Tribunal Supremo en Pleno dicta el Auto de 23 de julio de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:7408A; rec. 143/2026, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer), que pone fin a esta incertidumbre. Pero para resolverlo, la sala debe despejar antes una cuestión previa: si el cauce seguido, un juicio ordinario, era el procesalmente adecuado. Su respuesta es negativa. Las diligencias preliminares constituyen el único cauce admisible para este tipo de pretensiones, de manera que el Tribunal acuerda devolver las actuaciones al órgano de origen para que el procedimiento se reconduzca por esa vía[3].

El presente trabajo tiene por objeto: (i) situar la doctrina del Auto en el marco de la configuración jurídica de las diligencias preliminares y del debate sobre el carácter tasado del catálogo del art. 256.1 LEC; (ii) exponer los fundamentos jurídicos que sostienen la exclusividad del cauce y el nuevo criterio objetivo sobre la caución que introduce el Auto; (iii) valorar el impacto de esta doctrina sobre la práctica forense; (iv) señalar los extremos que quedan abiertos y (v) exponer las conclusiones.

## II. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LA LEC

### 1. Configuración legal y carácter instrumental

Las diligencias preliminares constituyen actuaciones jurisdiccionales anteriores al proceso mediante las cuales el futuro demandante puede obtener determinados datos necesarios para valorar la procedencia de la acción y, en su caso, identificar a los sujetos del litigio, delimitar su objeto y concretar el alcance de la

[1] Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2026, FD Segundo.1 (ECLI:ES:TS:2026:7408A). Sobre la admisión, en la práctica anterior, de la vía declarativa para reclamar documentación contractual, SAP Asturias, sec. 1.ª, 598/2023, de 18 de octubre, FJ 4.º (ECLI:ES:APO:2023:3376).

[2] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Segundo.1; art. 5.3 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que excluye la solicitud de diligencias preliminares de la exigencia de acudir previamente a un medio adecuado de solución de controversias.

[3] Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2026 (Auto núm. /, cuestión de competencia 143/2026), ECLI:ES:TS:2026:7408A, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer, Parte Dispositiva, apartados 1.º y 2.º.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

pretensión[4]. Se regulan en los arts. 256 a 263 LEC y se sitúan en una posición intermedia entre la actividad extrajudicial de recopilación de información y el proceso declarativo cuya preparación persiguen. No son una fase de instrucción previa ni un cauce general de investigación o de obtención anticipada de prueba[5]. Son un instrumento específico, vinculado funcionalmente a la eventual iniciación de un proceso posterior determinado.

La expresión «todo juicio podrá prepararse», con la que abre el art. 256.1 LEC, confirma el carácter facultativo e instrumental de la institución. El interesado puede acudir a ella o no, pero si decide hacerlo, su régimen jurídico es el único articulado por el legislador a tal efecto. Esta instrumentalidad se proyecta sobre tres planos. Las diligencias carecen de autonomía decisoria sobre el fondo, pues no permiten obtener pronunciamientos declarativos, constitutivos o de condena, sino solo decisiones sobre la obtención de información. Su régimen remite al «juicio que se quiera preparar» (art. 256.2 LEC), por lo que la solicitud debe conectarse funcionalmente con un proceso futuro determinado. Y sus efectos se proyectan sobre la demanda posterior (art. 256.3 LEC) y, eventualmente, sobre la distribución de la carga de la prueba y la valoración de la conducta de las partes en el proceso ulterior (art. 261 LEC).

## 2. El catálogo del art. 256.1 LEC: del numerus clausus a la interpretación flexible

El art. 256.1 LEC configura las diligencias preliminares mediante un catálogo de supuestos tipificados. Esta opción de técnica legislativa ha generado un intenso debate doctrinal. La LEC de 1881 partía de un modelo claramente cerrado: el art. 497 disponía expresamente que el juez debía rechazar de oficio cualquier solicitud no comprendida en el elenco legal[6]. Sobre esta base, la doctrina mayoritaria entendió que las diligencias preliminares respondían a un sistema de numerus clausus[7]. La LEC 1/2000 amplió notablemente el catálogo y admitió la remisión a diligencias previstas en leyes especiales (art. 256.1.9.º LEC), si bien la Exposición de Motivos advirtió de la necesidad de evitar que la institución se transformase en un instrumento de

[4] ATS, Sala 1.ª, sec. 1.ª, 20/2002, de 11 de noviembre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2002:3037A); Fernández-Ballesteros López, M. A. (1994). Derecho procesal (t. II, p. 242). Centro de Estudios Ramón Areces.

[5] Véanse AAP Cáceres, sec. 1.ª, 99/2006, de 16 de junio, FJ 3.º (ECLI:ES:APCC:2006:267A) y AAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4.ª, 43/2005, de 18 de abril, FJ 4.º (ECLI:ES:APTF:2005:666A). No existen analogías exactas en el Derecho comparado europeo, donde esta función se cubre mediante una amplia fase de instrucción o de prueba ad futurum.

[6] Art. 497.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: «El Juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión si estimare justa la causa en que se funde. No estando comprendida en ellos, la rechazará de oficio».

[7] Damián Moreno, J. (2000). Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. En A. M. Lorca Navarrete (Dir.) y V. Guilarte Gutiérrez (Coord.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Vol. 2, p. 1683). Lex Nova; Banacloche Palao, J. (2003). Las diligencias preliminares (p. 6). Civitas; Moreno Catena, V. (2012). Derecho procesal civil. Parte general (6.ª ed., p. 119). Tirant lo Blanch; Gimeno Sendra, V. (2015). Derecho procesal civil. Volumen I: El proceso de declaración. Parte general (p. 353). Ediciones Jurídicas Castillo de Luna; Montero Aroca, J. (2016). Derecho jurisdiccional II. Proceso civil (24.ª ed., p. 186). Tirant lo Blanch.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

investigación general, «sin llegar al extremo de que sean indeterminadas[8]». El Tribunal Supremo, ya bajo la vigencia de esta Ley, confirmó que solo pueden considerarse diligencias preliminares las expresamente previstas en el art. 256 LEC o en las correspondientes leyes especiales[9].

Frente a esta posición, un sector doctrinal relevante sostiene que el carácter tasado del catálogo no impide una interpretación extensiva de sus categorías, e incluso su integración analógica. Banacloche Palao propone un modelo en tres niveles: encaje en alguno de los apartados del art. 256.1 LEC; interpretación extensiva, histórica y teleológica de sus términos; y, en su defecto, aplicación analógica cuando exista identidad de razón[10]. Vallespín Pérez y Franco Arias defienden abiertamente el carácter no cerrado del catálogo, pues una lectura excesivamente rígida menoscabaría el derecho a la tutela judicial efectiva del futuro demandante que no puede obtener por sí mismo la información necesaria[11]. La jurisprudencia menor transita una vía intermedia. Sin negar la taxatividad del catálogo, admite una interpretación flexible de sus supuestos: extiende, por ejemplo, la exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil al seguro de vida, o comprende determinados contratos de arrendamiento dentro del concepto de «exhibición de cosa», siempre que la medida pueda reconducirse a alguno de los supuestos legales, no exista otro medio para obtener la información y guarde una relación estrecha con el proceso proyectado[12].

De esta evolución resulta un sistema que puede caracterizarse como un numerus clausus dinámico. Permanece cerrado respecto de sus fuentes de habilitación, la propia LEC y las leyes especiales a las que remite el art. 256.1.9.º LEC, pero no es materialmente inmóvil: evoluciona mediante reformas legislativas sectoriales, remisiones a normas especiales y una interpretación extensiva, sistemática y finalista de los supuestos tipificados. De modo que la ampliación del catálogo solo puede proceder por previsión legislativa sin que sea aceptable la creación de diligencias innominadas por vía jurisprudencial. Como se expone a continuación, el Auto de 23 de julio de 2026 se sitúa precisamente en esta segunda vía, la interpretación flexible de los

[8] Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, apartado dedicado a las diligencias preliminares, en los términos reproducidos por el propio Auto de 23 de julio de 2026, FD Tercero.3.

[9] ATS, Sala 1.ª, sec. 1.ª, 20/2002, de 11 de noviembre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2002:3037A); en la jurisprudencia menor, AAP Barcelona, sec. 4.ª, 239/2022, de 30 de septiembre, FJ 2.º (ECLI:ES:APB:2022:2824A).

[10] Banacloche Palao, J. (2003). Las diligencias preliminares (pp. 65-66). Civitas.

[11] Vallespín Pérez, D. (2007). Diligencias preliminares: ¿Numerus clausus? (art. 256 LEC). Justicia: Revista de Derecho Procesal, (3-4), 128-129; Franco Arias, J. (2009). ¿Se puede interpretar que las diligencias preliminares son numerus apertus? En X. Abel Lluch, J. Picó i Junoy, J. Barceló Compte y J. Soler Solé (Coords.), Realismo jurídico y experiencia procesal: Manuel Serra Domínguez (Liber amicorum) (p. 463). Atelier.

[12] AAP Madrid, sec. 19.ª, 132/2005, de 20 de mayo, FJ 3.º (ECLI:ES:APM:2005:4302A); AAP Barcelona, sec. 11.ª, 450/2025, de 25 de septiembre, FJ 3.º (ECLI:ES:APB:2025:9849A); AAP Illes Balears, sec. 3.ª, 88/2007, de 19 de junio, FJ 2.º (ECLI:ES:APIB:2007:309A).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

supuestos ya existentes, y no en la primera. Descarta de forma expresa cualquier lectura que convierta el art. 256.1 LEC en una cláusula abierta.

## III. EL SUPUESTO RESUELTO POR EL AUTO DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JULIO DE 2026

### 1. Antecedentes: un conflicto de competencia con un problema de fondo

El 15 de diciembre de 2025, un consumidor con domicilio en Almería presentó demanda de juicio ordinario contra una entidad de crédito con domicilio social en Barcelona. Ejercitaba, al amparo del art. 1098 CC y de los arts. 60 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, una acción de condena a una obligación de hacer consistente en la entrega del duplicado del contrato de crédito, los detalles de los movimientos, la liquidación detallada y la ficha normalizada europea. El demandante había solicitado extrajudicialmente esa documentación en varias ocasiones, sin obtener respuesta satisfactoria, e incluso había acudido a un expediente de mediación que no llegó a buen puerto[13]. Formuló la demanda ante los tribunales de su domicilio, al amparo del fuero especial del consumidor (art. 52.1.14.ª LEC, en relación con el art. 52.3 LEC). El asunto se turnó al Tribunal de Instancia de Almería, que declaró de oficio su falta de competencia territorial y se inhibió en favor de Barcelona, por entender aplicable el fuero general del domicilio del demandado (art. 50 LEC). El Tribunal de Instancia de Barcelona, a su vez, no aceptó la inhibición y planteó un conflicto negativo de competencia, dando lugar a la cuestión de competencia 143/2026 ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. El Ministerio Fiscal informó que la competencia correspondía a Almería, por aplicación del fuero del consumidor[14].

La sala advirtió, no obstante, que la resolución del conflicto de competencia presuponía un juicio previo sobre la adecuación del procedimiento seguido. Esta cuestión no puede eludirse, puesto que, conforme al art. 254.1 LEC, el juez «no estará vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda». No existe, por tanto, disponibilidad de las partes sobre el tipo de proceso a seguir[15]. Dada la relevancia de la cuestión, se acordó su resolución por el Pleno de la Sala.

### 2. El derecho del cliente a la documentación bancaria y la obligación correlativa de la entidad

Antes de abordar el problema procesal, el Auto afirma con rotundidad la existencia del derecho material invocado. La petición de documentación bancaria constituye una prestación legal accesoria o complementaria

[13] Auto de 23 de julio de 2026, cit., Antecedentes de Hecho, Primero, y FD Primero.1, apartados i) a iii).
[14] Auto de 23 de julio de 2026, cit., Antecedentes de Hecho, Segundo a Cuarto, y FD Primero.2 a 4.
[15] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Primero.5; art. 254.1 LEC.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de las obligaciones asumidas por las entidades financieras, con apoyo en los arts. 1096 y 1258 CC y en la normativa sectorial de transparencia bancaria y de servicios de pago[16]. El Auto recuerda, citando la STS 547/2021, de 19 de julio, que la obligación de entrega del contrato sirve para probar su existencia y contenido. El cliente puede solicitarla durante toda la relación contractual, e incluso después de transcurrido el plazo legal de conservación, siempre que invoque la tutela de un interés concreto respecto del cumplimiento del contrato[17]. En el mismo sentido cita la STJUE de 12 de octubre de 2023 (asunto C-326/22), que impone al prestamista la obligación de facilitar al consumidor una copia del contrato y toda la información necesaria para el ejercicio de sus derechos, cuando este ya no dispone de ella[18].

Esta afirmación previa tiene su función. Al despejar toda duda sobre la existencia del derecho sustantivo, la sala puede concentrar el resto de la resolución en el problema estrictamente procesal: el cauce adecuado para hacerlo valer, sin que quepa oponer que la pretensión carece de fundamento material.

### 3. La determinación del cauce procesal adecuado: exclusividad y exclusión del declarativo

Constatado el derecho, el Auto aborda «cuál es el cauce procesal correcto para hacer valer aquel derecho[19]». Constata que la práctica de los tribunales acude indistintamente a las diligencias preliminares del art. 256.1, apartados 2.º y 9.º LEC o al procedimiento declarativo, verbal u ordinario según la cuantía. La elección entre ambas vías, advierte la sala, «tiene consecuencias jurídico-procesales distintas»: afecta a la intervención preceptiva de abogado y procurador, a la competencia territorial, a la necesidad de acudir a un MASC y a la procedencia y cuantía de las costas[20].

El problema se centra en los supuestos en que la solicitud de documentación tiene por objeto preparar un juicio posterior, esto es, obtener los elementos necesarios para valorar la consistencia de la pretensión y decidir su ejercicio. Sobre esta base, la sala concluye, «en una interpretación teleológica, literal y contextual o sistemática de los arts. 256 y ss. LEC, a la que se unen razones de seguridad jurídica y de garantía del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia», que las diligencias preliminares constituyen el cauce procesal «adecuado y exclusivo» para tramitar tales solicitudes[21]. El razonamiento se apoya en la naturaleza

16 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Segundo.1, con cita de los arts. 1096 y 1258 CC, el art. 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, el art. 16 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, y la normativa del Banco de España sobre transparencia bancaria.

17 STS, Sala 1.ª, 547/2021, de 19 de julio, tal como se reproduce en el Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Segundo.2.

18 STJUE (Sala Décima) de 12 de octubre de 2023, asunto C-326/22, apartados 23 a 33, reproducida en el Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Segundo.3.

19 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.1.

20 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.1, párrafo segundo.

21 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.2, párrafo segundo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

excepcional de la institución. En el proceso civil se protegen derechos subjetivos e intereses privados, por lo que la preparación del proceso se confía, como regla general, a las partes y a su dirección técnica. Las diligencias preliminares son la única vía por la que el ordenamiento autoriza, excepcionalmente, la intervención de un órgano jurisdiccional para auxiliar en la obtención de esa información. Esta configuración conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de acceso a la jurisdicción y de disposición de los medios necesarios para el ejercicio de los derechos, y con razones de economía procesal[22].

A partir de esta premisa, el Auto afirma que las diligencias preliminares no son solo el cauce adecuado, sino un cauce «exclusivo y excluyente». Siempre que la pretensión esté conectada con la finalidad preparatoria, la normativa procesal no permite recurrir al proceso declarativo para hacerla valer[23]. El razonamiento se desarrolla en tres planos. Desde el punto de vista conceptual, un procedimiento declarativo no se dirige a recopilar datos para preparar otro juicio, dado que es el propio juicio ya preparado, correcta o incorrectamente; admitir que se solicite mediante un declarativo lo que en realidad son diligencias preliminares desnaturalizaría ambas instituciones. Desde la perspectiva de la tramitación procesal, la petición de documentación se agota en constatar la existencia del contrato y de la información reclamada, sin que proceda la práctica de prueba sobre los hechos constitutivos, impeditivos o extintivos propios de un juicio declarativo. Y desde la perspectiva sistémica, aceptar esta vía incrementaría la litigiosidad declarativa, eludiría la exigencia de acudir previamente a un MASC, de la que las diligencias preliminares están expresamente excluidas ex art. 5.3 LO 1/2025[24], y alteraría el régimen de costas, que en sede de diligencias preliminares solo procede si el tribunal considera injustificada la oposición (art. 260 LEC)[25].

El Auto anticipa y descarta la objeción más previsible: que el verbo «podrá» del art. 256.1 LEC («todo juicio podrá prepararse») abriría la puerta a cauces alternativos. La sala precisa que esa expresión se refiere a la facultad de acudir o no a la institución en cuanto tal. Decidido solicitar la documentación con esa finalidad preparatoria, las diligencias preliminares son la única vía articulada por el legislador a tal efecto. Por ello, «no es admisible la sustanciación de un procedimiento declarativo orientado a la preparación de otro procedimiento declarativo», pues cualquier otra interpretación «supondría de hecho vaciar de contenido la figura de las diligencias preliminares[26]».

[22] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.2, párrafos tercero y cuarto.
[23] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.5, párrafo primero.
[24] Art. 5.3 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.
[25] Art. 260 LEC; Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.5, párrafo cuarto.
[26] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.5, párrafos quinto y sexto.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 4. Subsunción en el art. 256.1, apartados 2.º y 9.º LEC: el método interpretativo

Afirmada la exclusividad del cauce, el Auto debía todavía resolver si la concreta petición de documentación bancaria encaja en alguno de los supuestos tasados del art. 256.1 LEC. La sala recurre al canon interpretativo del art. 3.1 CC, los criterios literal, sistemático, histórico, sociológico y teleológico, con particular atención al «espíritu y finalidad» de la norma[27], para subsumir la petición en dos apartados del precepto. Por un lado, en el ordinal 2.º, que permite solicitar que el futuro demandado «exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio». Acude al Diccionario de la Real Academia Española: «exhibir» es presentar documentos ante quien corresponda, y «cosa» comprende cualquier objeto, natural o artificial, por lo que la petición de documentación encaja sin dificultad en ese apartado. Por otro lado, en el ordinal 9.º, diligencias previstas en leyes especiales para la protección de determinados derechos, en línea con una jurisprudencia ya consolidada en materia de telefonía móvil[28].

Los criterios teleológico y sistemático refuerzan esta conclusión. Desde la perspectiva teleológica, la Exposición de Motivos justifica la institución en la necesidad de prever «medidas eficaces para la preparación del proceso». Esta finalidad, en un escenario de litigación en el que el Derecho de consumo ha adquirido un papel central, propicia precisamente que el cliente, máxime si es consumidor, pueda acudir a las diligencias preliminares para hacer valer su derecho a recabar la documentación necesaria[29]. Desde la perspectiva sistemática, la sala repara en que las diligencias preliminares se ubican en el Capítulo II del Título I del Libro II LEC, inmediatamente después del capítulo dedicado a las reglas para determinar el proceso correspondiente y antes de la regulación de los juicios declarativos. Esta ubicación confirma su función de preparación del juicio posterior[30].

## 5. El nuevo criterio objetivo sobre la caución

El Auto no se limita a resolver el problema del cauce. Introduce además un criterio cuantitativo objetivo para la fijación de la caución del art. 256.3 LEC en esta categoría de diligencias: su importe «no podrá superar el importe de la comisión prevista por el banco para la entrega de copia de la documentación[31]». Se trata de una novedad relevante, pues hasta entonces las Audiencias Provinciales fijaban la caución de forma casuística,

[27] Art. 3.1 CC; Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.4, párrafo primero, con cita de las SSTS 1232/2024, de 3 de octubre, y 1745/2025, de 1 de diciembre.

[28] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.4, párrafos tercero a quinto; sobre la extensión al ámbito de la telefonía móvil, ATS de 1 de marzo de 2017, de 2 de abril de 2019 y de 10 de mayo de 2022, allí citados.

[29] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.4, párrafo octavo.

[30] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.4, párrafo noveno.

[31] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.6; arts. 256.3 y 258.1 LEC.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

atendiendo a la amplitud y antigüedad de la documentación, al número de personas afectadas o a la gratuidad del suministro de la información[32]. Por emanar del Pleno de la Sala Primera, este criterio se impone sobre esos pronunciamientos dispersos.

Junto a ello, el Auto se pronuncia sobre la segunda función de la caución: su pérdida cuando, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, no se interponga la demanda sin justificación suficiente (arts. 256.2 y 256.3 LEC). Declara justificada la falta de interposición de la demanda cuando, obtenida la documentación, no se aprecie base suficiente para plantearla[33], confirmando así, con la autoridad del Pleno, una lectura *pro actione* del art. 256.3 LEC que la jurisprudencia menor y la doctrina venían defendiendo de forma menos uniforme[34].

## 6. La competencia territorial

Resuelto el problema de fondo, el Auto aplica el art. 257 LEC. Este precepto atribuye la competencia territorial para las diligencias preliminares al juez del domicilio de la persona que hubiera de exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones acordadas para preparar el juicio, salvo en los supuestos de los ordinales 6.º a 9.º del art. 256.1 LEC, en los que resulta competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada[35]. La sala recuerda su doctrina consolidada: cuando el requerimiento se dirige frente a una persona jurídica, resulta aplicable el fuero del art. 51.1 LEC; y quien solicita la diligencia en su condición de consumidor puede invocar el fuero de su propio domicilio[36]. En consecuencia, no resuelve directamente el conflicto negativo de competencia territorial planteado, pues este presuponía la corrección del cauce declarativo seguido. Acuerda, en su lugar, la devolución de las actuaciones al órgano ante el que se formuló originariamente la demanda, para que continúe el trámite como diligencias preliminares con arreglo a la doctrina fijada, debiendo determinarse entonces la competencia territorial conforme a las reglas del art. 257 LEC[37].

---

32 AAP Palma de Mallorca, sec. 3.ª, 1128/2011, de 9 de diciembre, FJ 5.º (ECLI:ES:APIB:2011:404A); AAP Madrid, sec. 11.ª, 288/2022, de 15 de julio (ECLI:ES:APM:2022:3518A); AAP Madrid, sec. 14.ª, 84/2024, de 8 de abril (ECLI:ES:APM:2024:1859A).

33 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.6, in fine; art. 256.2 LEC.

34 De Miranda Vázquez, C. (2018). La aplicación de la caución en las diligencias preliminares del proceso civil: ¿Un laberinto normativo sin salida? Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, (22), 90-91; Castrillo Santamaría, R. (2018). La preparación del proceso civil: Las diligencias preliminares (pp. 38-39, 404, 406). J. M. Bosch Editor.

35 Art. 257.1 LEC.

36 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Cuarto.1, con cita de los autos de 20 de mayo de 2025 (conflicto 93/2025) y de 28 de enero de 2025 (conflicto 633/2024), entre otros.

37 Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Quinto y Parte Dispositiva, apartados 1.º a 3.º.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. VALORACIÓN: EL IMPACTO DEL AUTO SOBRE LA DOCTRINA Y LA PRÁCTICA FORENSE

### 1. Consolidación del numerus clausus dinámico

El Auto de 23 de julio de 2026 no innova el debate sobre el carácter tasado del catálogo del art. 256.1 LEC ni lo desplaza hacia una cláusula abierta. Opera dentro de los supuestos ya tipificados, extendiendo su alcance mediante una interpretación literal, sistemática y teleológica que la propia sala ya había empleado en materia de telefonía móvil[38]. El pronunciamiento confirma, antes que contradice, la tesis mayoritaria que concibe el sistema como un numerus clausus dinámico: cerrado en sus fuentes de habilitación, pero abierto a una lectura funcional de sus categorías cuando lo exija la finalidad preparatoria de la institución. La aportación del Auto no reside, por tanto, en ampliar el catálogo, sino en fijar, con autoridad de Pleno, que la subsunción de la documentación bancaria y contractual en los ordinales 2.º y 9.º del art. 256.1 LEC es la única lectura adecuada cuando la finalidad de la petición es preparar un litigio posterior.

### 2. El cierre de la vía declarativa «encubierta» y sus consecuencias procesales

La consecuencia práctica más inmediata del Auto es el cierre de una vía que, hasta la fecha, algunas Audiencias Provinciales habían admitido: acudir directamente al juicio declarativo, verbal u ordinario, para reclamar documentación contractual, sobre la base de que la expresión «podrá prepararse» del art. 256.1 LEC configuraba una opción y no un trámite preceptivo[39]. Esa vía alternativa ampliaba en apariencia las opciones del cliente, pero tenía un coste sistémico considerable. Multiplicaba la litigiosidad declarativa para una pretensión de contenido esencialmente instrumental, exigía el tránsito previo por un MASC que la propia institución de las diligencias preliminares tiene por innecesario dada su función exploratoria, alteraba el régimen de costas aplicable y prolongaba el tiempo de respuesta del sistema judicial frente a una necesidad informativa que el legislador había querido resolver mediante un cauce sumario y de rápida decisión, el plazo de cinco días del art. 258.1 LEC. El Auto reconduce estas pretensiones a su cauce natural, con la consiguiente economía procesal.

Esta doctrina no cierra, sin embargo, la posibilidad de reclamar documentación bancaria por vía declarativa cuando su finalidad no sea, estrictamente, la preparación de un litigio posterior, sino otra distinta y autónoma. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la propia entrega de la documentación constituye el objeto último y definitivo de la controversia entre las partes, o cuando se acumula a otras pretensiones sustantivas ya maduras. El Auto limita su doctrina a los supuestos en que la petición de documentación es instrumental

[38] ATS de 1 de marzo de 2017, de 2 de abril de 2019 y de 10 de mayo de 2022, citados en el Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.4.

[39] SAP Asturias, sec. 1.ª, 598/2023, de 18 de octubre, FJ 4.º (ECLI:ES:APO:2023:3376).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

respecto de un litigio proyectado y no ha alcanzado por sí misma la condición de controversia madura para un pronunciamiento sobre el fondo.

### 3. Extrapolación a supuestos análogos y límites de la doctrina

El Auto resuelve, en su parte dispositiva, un caso concreto de documentación bancaria y contractual, pero su razonamiento se formula en términos generales. Es aplicable a cualquier solicitud de exhibición o entrega de documentación que tenga por única finalidad preparar un litigio posterior y pueda subsumirse en alguno de los supuestos del art. 256.1 LEC. La *ratio decidendi*, el carácter exclusivo y excluyente de las diligencias preliminares frente al declarativo cuando concurre esa finalidad instrumental, es extrapolable, por identidad de razón, a otros sectores en los que la jurisprudencia ya admitía una lectura flexible del catálogo: telefonía móvil, contratos de seguro, arrendamientos u otros supuestos de exhibición documental en los que el criterio decisivo no sea la naturaleza del contrato, sino la finalidad exclusivamente preparatoria de la petición[40].

Esta extensión tiene límites. El Auto no dispensa al solicitante de acreditar que la petición responde efectivamente a una finalidad preparatoria y no a otra distinta, ni desplaza los requisitos generales de admisibilidad de las diligencias preliminares: adecuación al supuesto legal, necesidad e imprescindibilidad para preparar el juicio, proporcionalidad y concurrencia de justa causa e interés legítimo[41]. Estos requisitos siguen sirviendo de filtro frente a solicitudes genéricas o exploratorias ajenas a la finalidad de la institución.

Tampoco resuelve el Auto qué ocurre cuando la información reclamada, aun teniendo un componente instrumental, resulta indispensable para articular una acción ya perfectamente definida en sus elementos subjetivos y objetivos. En ese escenario, la frontera entre la preparación del proceso y su propio objeto puede volverse más difusa.

### 4. Repercusión sobre el régimen de la caución y la «justificación suficiente» del art. 256.3 LEC

La introducción de un criterio cuantitativo objetivo para la caución, su tope en el importe de la comisión bancaria prevista para la expedición de la copia tiene un alcance que va más allá del caso resuelto. Al fijar un parámetro verificable y ligado a un dato disponible, la propia tarifa de la entidad, el Auto reduce el margen de apreciación judicial que hasta entonces generaba resoluciones dispares entre Audiencias Provinciales y que podía operar como una barrera económica desproporcionada para el acceso a la institución, en tensión con el art. 24.1 CE[42]. El criterio se formula para las diligencias consistentes en la entrega de documentación o

[40] AAP Madrid, sec. 19.ª, 132/2005, de 20 de mayo, FJ 3.º (ECLI:ES:APM:2005:4302A); AAP Barcelona, sec. 11.ª, 450/2025, de 25 de septiembre, FJ 3.º (ECLI:ES:APB:2025:9849A).

[41] SAP Madrid, sec. 12.ª, 403/2006, de 2 de junio (ECLI:ES:APM:2006:11615), que sistematiza los requisitos de adecuación, necesidad, proporcionalidad y justa causa e interés legítimo.

[42] Art. 24.1 CE; STC, Pleno, 118/2024, de 25 de septiembre, FJ 4.º (ECLI:ES:TC:2024:118).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

información bancaria o contractual, pero su fundamento, la correlación entre el importe de la caución y el coste objetivamente mensurable de la actuación solicitada, es extensible por analogía a otros supuestos en los que la carga que la diligencia impone al requerido sea igualmente cuantificable de forma objetiva.

En segundo lugar, la declaración de que resulta justificada la falta de interposición de la demanda cuando la documentación obtenida no revele base suficiente para litigar consolida, con autoridad de Pleno, una interpretación *pro actione* del art. 256.3 LEC. Con ella se evita el efecto perverso de inducir al solicitante a presentar una demanda de dudosa viabilidad con el único objeto de no perder la caución[43]. Esta lectura es coherente con la función eminentemente informativa de las diligencias preliminares. Si su resultado puede legítimamente desembocar en la decisión de no demandar, esa decisión no puede tratarse, sin más, como un indicio de utilización abusiva de la institución[44].

### 5. Cuestiones que permanecen abiertas

La doctrina fijada por el Auto, pese a su alcance general, deja sin resolver algunas cuestiones que la práctica forense deberá afrontar en los próximos pronunciamientos. Primero, no se pronuncia sobre la relación entre esta doctrina y los cauces de exhibición documental disponibles una vez iniciado el proceso (arts. 328 y siguientes LEC), que siguen operando como mecanismo de obtención de documentos ya en curso de litigio, sin que su existencia empañe la exclusividad de las diligencias preliminares en la fase preprocesal[45]. Segundo, no aclara si la doctrina es aplicable cuando el requerido no es una entidad financiera sometida a un régimen tarifario transparente, supuesto en el que el criterio objetivo de la caución, vinculado a una comisión bancaria inexistente, exigirá una construcción analógica más elaborada. Tercero, y en conexión con el debate más amplio sobre la asimetría informativa entre las partes en esta fase preprocesal, el Auto no se ocupa de la posición del futuro demandado, que sigue careciendo de un instrumento equivalente para preparar su defensa cuando es él quien depende de información en poder del futuro actor[46].

## V. CONCLUSIONES

Del análisis anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones. Primera, el Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2026 fija, con la autoridad reforzada de un pronunciamiento plenario, una doctrina de aplicación general: las diligencias preliminares son el cauce procesal adecuado,

[43] Auto de 23 de julio de 2026, cit., FD Tercero.6, in fine; De Miranda Vázquez, C. (2018), cit., pp. 90-91: «no existe un plazo de caducidad para la interposición de la demanda», quedando esta «al arbitrio del solicitante».

[44] Castrillo Santamaría, R. (2018), cit., pp. 38-39, 404 y 406.

[45] Arts. 328 y siguientes LEC.

[46] Franco Arias, J. (2009), cit., p. 463; Málaga Diéguez, F. (2016). La exhibición de documentos por parte del actor con anterioridad a la contestación a la demanda: ¿preliminary disclosures en el proceso civil español? Diario La Ley, (8697).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

exclusivo y excluyente para tramitar y resolver las solicitudes de documentación o información bancaria y contractual que tengan por única finalidad preparar un litigio posterior, con exclusión del proceso declarativo.

Segunda, esta doctrina no rompe con el sistema tradicional del art. 256.1 LEC, sino que lo confirma como un numerus clausus dinámico. El catálogo permanece cerrado en sus fuentes de habilitación, pero admite una interpretación literal, sistemática y teleológica capaz de subsumir necesidades informativas que el legislador no individualizó expresamente, sin necesidad de acudir a la analogía ni de crear diligencias innominadas.

Tercera, el Auto introduce un criterio cuantitativo objetivo para fijar la caución en esta categoría de diligencias, su tope en el importe de la comisión bancaria por la expedición de la copia, que reduce la dispersión de criterios de la jurisprudencia menor y es extensible por analogía a otros supuestos de carga mensurable. Consolida además una lectura *pro actione* de la cláusula de «justificación suficiente» del art. 256.3 LEC, al declarar justificada la falta de interposición de la demanda cuando la documentación obtenida no revele base suficiente para litigar.

Cuarta, el impacto práctico más inmediato de la doctrina es el cierre de la vía declarativa que parte de la práctica forense venía empleando para reclamar documentación contractual, con el consiguiente ahorro en litigiosidad, tiempos de respuesta y exigencias de MASC. Ello no impide que la solicitud de documentación con una finalidad distinta y autónoma de la preparación de un litigio proyectado siga pudiendo sustanciarse por el cauce declarativo que corresponda.

Quinta y última, la doctrina fijada deja abiertas cuestiones que la evolución jurisprudencial y, en su caso, una futura reforma legislativa de los arts. 256 y siguientes LEC deberán abordar: su extensión a requeridos no sometidos a un régimen tarifario transparente, su articulación con los cauces de exhibición documental del proceso ya iniciado y, de forma más general, la persistente asimetría entre la posición del futuro demandante y la del futuro demandado en la fase preprocesal de obtención de información.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Banacloche Palao, J. (2003). Las diligencias preliminares. Civitas.

Castrillo Santamaría, R. (2018). La preparación del proceso civil: Las diligencias preliminares. J. M. Bosch Editor.

Damián Moreno, J. (2000). Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. En A. M. Lorca Navarrete (Dir.) y V. Guilarte Gutiérrez (Coord.), Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Vol. 2). Lex Nova.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

De Miranda Vázquez, C. (2018). La aplicación de la caución en las diligencias preliminares del proceso civil: ¿Un laberinto normativo sin salida? Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, (22), 90-91.

Fernández-Ballesteros López, M. A. (1994). Derecho procesal (t. II). Centro de Estudios Ramón Areces.

Franco Arias, J. (2009). ¿Se puede interpretar que las diligencias preliminares son numerus apertus? En X. Abel Lluch, J. Picó i Junoy, J. Barceló Compte y J. Soler Solé (Coords.), Realismo jurídico y experiencia procesal: Manuel Serra Domínguez (Liber amicorum). Atelier.

Gimeno Sendra, V. (2015). Derecho procesal civil. Volumen I: El proceso de declaración. Parte general. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

Málaga Diéguez, F. (2016). La exhibición de documentos por parte del actor con anterioridad a la contestación a la demanda: ¿preliminary disclosures en el proceso civil español? Diario La Ley, (8697).

Montero Aroca, J. (2016). Derecho jurisdiccional II. Proceso civil (24.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Moreno Catena, V. (2012). Derecho procesal civil. Parte general (6.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Vallespín Pérez, D. (2007). Diligencias preliminares: ¿Numerus clausus? (art. 256 LEC). Justicia: Revista de Derecho Procesal, (3-4), 128-129.

## VII. SENTENCIAS Y AUTOS CITADOS

STC, Pleno, 118/2024, de 25 de septiembre, FJ 4.º (ECLI:ES:TC:2024:118).

STJUE (Sala Décima), de 12 de octubre de 2023, asunto C-326/22.

ATS, Sala 1.ª, sec. 1.ª, 20/2002, de 11 de noviembre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2002:3037A).

STS, Sala 1.ª, 547/2021, de 19 de julio.

ATS de 1 de marzo de 2017.

ATS de 2 de abril de 2019.

ATS de 10 de mayo de 2022.

ATS de 28 de enero de 2025 (conflicto 633/2024).

ATS de 20 de mayo de 2025 (conflicto 93/2025).

STS 1232/2024, de 3 de octubre.

STS 1745/2025, de 1 de diciembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2026 (cuestión de competencia 143/2026), ECLI:ES:TS:2026:7408A.

AAP Cáceres, sec. 1.ª, 99/2006, de 16 de junio, FJ 3.º (ECLI:ES:APCC:2006:267A).

AAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4.ª, 43/2005, de 18 de abril, FJ 4.º (ECLI:ES:APTF:2005:666A).

AAP Madrid, sec. 19.ª, 132/2005, de 20 de mayo, FJ 3.º (ECLI:ES:APM:2005:4302A).

SAP Madrid, sec. 12.ª, 403/2006, de 2 de junio (ECLI:ES:APM:2006:11615).

AAP Illes Balears, sec. 3.ª, 88/2007, de 19 de junio, FJ 2.º (ECLI:ES:APIB:2007:309A).

AAP Palma de Mallorca, sec. 3.ª, 1128/2011, de 9 de diciembre, FJ 5.º (ECLI:ES:APIB:2011:404A).

AAP Barcelona, sec. 4.ª, 239/2022, de 30 de septiembre, FJ 2.º (ECLI:ES:APB:2022:2824A).

AAP Madrid, sec. 11.ª, 288/2022, de 15 de julio (ECLI:ES:APM:2022:3518A).

SAP Asturias, sec. 1.ª, 598/2023, de 18 de octubre, FJ 4.º (ECLI:ES:APO:2023:3376).

AAP Madrid, sec. 14.ª, 84/2024, de 8 de abril (ECLI:ES:APM:2024:1859A).

AAP Barcelona, sec. 11.ª, 450/2025, de 25 de septiembre, FJ 3.º (ECLI:ES:APB:2025:9849A).

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LA DESHEREDACIÓN POR MALTRATO PSICOLÓGICO Y SU DISTINCIÓN DE LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD SUCESORIA: ANÁLISIS DE LA STS 865/2025, DE 2 DE JUNIO

*Silvia Ariza Moreno*

Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Sabadell

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Indignidad para suceder y desheredación: dos instituciones distintas. III. La evolución del artículo 853.2 del Código Civil: del maltrato físico al maltrato psicológico. IV. La falta de relación familiar no constituye una causa autónoma de desheredación. V. Primer requisito esencial: la imputabilidad de la ruptura al legitimario. VI. Segundo requisito esencial: la existencia de un daño psicológico real. VII. La carga de la prueba del artículo 850 del Código Civil. VII. Conclusión*

## I. INTRODUCCIÓN

La creciente conflictividad en el ámbito del derecho sucesorio ha situado en primer plano una cuestión especialmente sensible: la posibilidad de privar de derechos hereditarios a aquellos familiares que han incumplido gravemente los deberes inherentes a las relaciones familiares.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha protagonizado una evolución especialmente significativa en materia de desheredación, ampliando progresivamente el concepto tradicional de "*maltrato de obra*" previsto en el artículo 853.2 del Código Civil hasta comprender en él determinadas manifestaciones de maltrato psicológico.

No obstante, esta evolución jurisprudencial no ha supuesto la conversión de la mera falta de relación familiar en una causa autónoma de desheredación. Muy al contrario, la Sala Primera ha ido delimitando rigurosamente los presupuestos exigibles para que la ruptura del vínculo afectivo pueda producir consecuencias sucesorias.

Como pasamos a ver, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 865/2025, de 2 de junio (ROJ: STS 2516/2025), constituye una nueva reafirmación de esta línea doctrinal y ofrece una ocasión idónea para revisar los contornos actuales de la desheredación por maltrato psicológico y su relación con las causas de indignidad sucesoria.

## II. INDIGNIDAD PARA SUCEDER Y DESHEREDACIÓN: DOS INSTITUCIONES DISTINTAS

Aunque ambas figuras persiguen impedir que quien ha atentado gravemente contra el causante se beneficie de su herencia, indignidad sucesoria y desheredación no son instituciones equivalentes.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La **indignidad** para suceder, regulada en el artículo 756 del Código Civil, constituye una causa legal de incapacidad sucesoria que tradicionalmente se configuró por la doctrina como una incapacidad sucesoria relativa o sobrevenida, si bien modernamente se ha concebido con mayor precisión como una auténtica sanción civil de naturaleza sucesoria.

Su fundamento radica en la comisión de conductas especialmente graves contra el causante, su entorno familiar o su libertad de testar, de una intensidad tal, que el ordenamiento considera éticamente incompatible que el autor de esas conductas pueda llegar a beneficiarse del caudal relicto. Entre tales supuestos se encuentran, entre otros, los atentados contra la vida o la integridad física o psíquica, determinados delitos contra la libertad o la indemnidad sexual, la acusación falsa de delito grave o la manipulación del testamento. La **indignidad** responde pues al principio conforme al cual nadie debe obtener una ventaja patrimonial de su propia conducta gravemente ilícita (*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest).*

Su principal rasgo diferenciador es que opera ***ope legis***, esto es, por ministerio de la ley y no de la voluntad del causante. La exclusión sucesoria deriva directamente de la norma, sin necesidad de que el causante la haya previsto en testamento, si bien su efectividad práctica puede requerir declaración judicial cuando exista controversia. En puridad, la **indignidad** no obedece a una falta originaria de capacidad sucesoria sino a una causa legal de exclusión sobrevenida que priva al llamado de la posibilidad de adquirir la herencia por haber incurrido en conductas que el legislador considera incompatibles con la delación hereditaria.

Debe recordarse, además, que el artículo 757 del Código Civil contempla la posible rehabilitación del indigno mediante perdón del causante, lo que introduce un elemento personal en una institución de marcada naturaleza sancionadora, siempre que *el testador las conociere al tiempo de hacer testamento o, si habiéndolas sabido después, las remitiera en documento público.*

La **desheredación**, por el contrario, regulada en los artículos 848 a 857 del Código Civil, supone la privación de la legítima a un heredero forzoso por voluntad expresa del testador y exclusivamente por causas tasadas legalmente. Opera, por lo tanto, como una excepción al sistema de protección de las legítimas al permitir al causante privar al legitimario de una porción hereditaria que, con carácter general, la ley le reserva imperativamente.

Así, la **indignidad** constituye una sanción legal, mientras que la **desheredación** configura como un acto de voluntad testamentaria sometido a estrictos límites materiales y formales. Especial relevancia presenta el artículo 852 del Código Civil, el cual expresamente recoge que las causas de **indignidad** constituyen también

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

justas causas de **desheredación**. Ello significa que toda causa de **indignidad** puede servir de fundamento para desheredar, pero no toda causa de **desheredación** equivale necesariamente a **indignidad**.

Finalmente, desde una perspectiva sistemática, las causas de **indignidad** pueden concebirse como un subconjunto integrado dentro del más amplio sistema de causas de desheredación. Sin embargo, el ámbito de esta última resulta más extenso, al incluir causas autónomas específicas (como la negación injustificada de alimentos o determinadas manifestaciones de maltrato psicológico del artículo 853.2 del Código Civil) que, aun siendo suficientemente graves para justificar la privación de la legítima, no alcanzan necesariamente el grado de antijuridicidad exigido por el artículo 756 del Código Civil.

## III. LA EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 853.2 DEL CÓDIGO CIVIL: DEL MALTRATO FÍSICO AL MALTRATO PSICOLÓGICO

El artículo 853.2 del Código Civil contempla como causa de **desheredación** de hijos y descendientes el **maltrato de obra** o las injurias graves de palabra. La evolución del artículo 853 del Código Civil, y en particular de su apartado 2º, ha sido, más que legislativa, fundamentalmente jurisprudencial dado que, a pesar de que el texto del precepto prácticamente no ha variado desde su promulgación, sí que ha experimentado una profunda transformación de la mano del Tribunal Supremo.

La dificultad interpretativa radica, precisamente, en determinar si la expresión "*maltrato de obra*", propia de la codificación decimonónica, debe entenderse en un sentido estrictamente material (y, por lo tanto, limitado únicamente a agresiones físicas) o si, por el contrario, admite una interpretación evolutiva capaz de comprender nuevas formas de violencia no corporal.

Durante décadas el artículo 853.2 del Código Civil se ha interpretado de una forma estrictamente literal de forma que, la expresión maltrato de obra se asoció casi exclusivamente a agresiones físicas o de violencia corporal. Ese enfoque lo cierto es que era coherente con el contexto histórico del Código Civil de 1889, momento en el que el desafecto, la falta de visitas, la ruptura afectiva o el abandono emocional no eran suficientes para justificar la desheredación y lo que se hacía era considerar las causas de desheredación como excepcionales y tasadas, de manera que no cabía la interpretación extensiva.

La STS 258/2014, de 3 de junio, marca un antes y un después mediante la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil conforme a la realidad social y realizando una interpretación evolutiva conforme dispone implícitamente el artículo 3.1 del Código Civil. En dicha sentencia la Sala viene a decir que, aunque las causas de desheredación sean tasadas, ello no significa que éstas deban interpretarse de forma rígida y, aunque las **causas de desheredación no admitan analogía, sí se admite una interpretación evolutiva de las mismas**.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Y precisamente basándose en esta interpretación evolutiva, la citada sentencia amplía el concepto de violencia que hasta entonces se identificaba únicamente con la agresión física y, fundándose en el artículo 10 de la Constitución Española y en el derecho a la dignidad de la persona, surge el reconocimiento del **maltrato psicológico**. La Sala entiende que el Derecho de sucesiones no puede permanecer ajeno a la evolución que ya había experimentado, por ejemplo, el Derecho penal, citando expresamente la Ley Orgánica 1/2004 como muestra de la evolución legislativa del concepto de violencia y la introducción de la violencia de género y la protección de la integridad moral.

La consolidación de dicha jurisprudencia vino con la STS 59/2015, de 30 de enero, que incorpora la sentencia anterior, la reafirma e incluso da un paso más y llega a incluir qué se entiende por daño psicológico, recogiendo que no únicamente proviene del abandono afectivo sino también del engaño, del abuso de confianza e identifica el despojo patrimonial que realiza el caso concreto que resuelve la sentencia en un auténtico maltrato psíquico.

Ambas sentencias construyen un nuevo concepto jurídico de maltrato de obra, que hasta la fecha se entendía únicamente como agresión física, para entender como maltrato de obra cualquier conducta que produzca un menoscabo grave de la integridad física o psíquica del causante. Aunque, también fijan un límite: las causas de desheredación siguen siendo tasadas y no cabe la analogía ni una interpretación extensiva. Únicamente cabe la interpretación flexible y adaptado a la realidad social del momento de las causas ya existentes y afirma que *el maltrato psicológico debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra*.

El Supremo admite ya en ese momento que el abandono afectivo grave, el desprecio continuado, la humillación o la desatención emocional pueden integrar el concepto de **maltrato de obra**, línea jurisprudencial que se ha ido manteniendo hasta la actualidad, aunque actualmente se ha procedido a una fase de corrección y refinamiento que ha venido a superar las voces críticas que consideraban que una interpretación excesivamente expansiva podría vaciar de contenido la legítima.

Así, en la actualidad, el artículo 853.2 del Código Civil se aplica si concurren una serie de estrictos requisitos, para lo cual debe superarse un test que parte de **la premisa de la existencia de una ruptura grave de la relación familiar**. El segundo de los filtros del test es la existencia de **daño psicológico real al testador**, de manera que debe existir *angustia, desasosiego, sufrimiento moral*, siendo que el último de los requisitos es la **imputabilidad al legitimario**, de forma tal que la ruptura debe ser injustificada, reprochable y ajena al comportamiento del testador. Actualmente, si falla alguno de estos elementos, no podemos considerar que exista causa de desheredación.

Vamos a analizar a continuación cada uno de esos requisitos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IV. LA FALTA DE RELACIÓN FAMILIAR NO CONSTITUYE UNA CAUSA AUTÓNOMA DE DESHEREDACIÓN

Uno de los principios más relevantes de la doctrina jurisprudencial actual es que la mera ausencia de relación familiar no basta por sí sola para justificar la **desheredación**. No toda falta de afecto, comunicación o convivencia puede equipararse automáticamente a maltrato psicológico. En este punto, la Sala Primera ha insistido reiteradamente en que el Derecho sucesorio no impone la existencia de relaciones familiares afectivamente satisfactorias ni convierte el deber moral de mantener vínculos familiares en algo cuya infracción determine, por sí sola, la pérdida de los derechos legitimarios.

El sistema sucesorio español continúa siendo un sistema de legítima forzosa en el que el legislador reserva a determinados parientes una porción indisponible del patrimonio hereditario y no de libertad absoluta de testar. Por ello, la **desheredación** constituye una excepción al régimen general de protección de la legítima y, como tal, únicamente puede fundarse en las causas expresamente previstas en la ley e interpretadas de forma estricta.

Admitir que cualquier enfriamiento afectivo habilita al causante para privar de la legítima a sus descendientes equivaldría, en la práctica, a vaciar de contenido la institución legitimaria. Por ello, el Tribunal Supremo ha rechazado expresamente esta consecuencia, al entender que vaciaría de contenido la función tuitiva que la legítima desempeña en nuestro Derecho de sucesiones.

Así, la falta de relación familiar constituye únicamente **un dato fáctico**, pero no una categoría jurídica autónoma. Es decir, la ruptura del vínculo afectivo no integra por sí sola ninguna de las causas de desheredación previstas en el Código Civil. Solo adquiere relevancia jurídica cuando, atendidas las circunstancias del caso, constituye la manifestación externa de una conducta más grave susceptible de ser calificada como verdadero maltrato psicológico.

Desde esta perspectiva, la ausencia de contacto no es el objeto del juicio jurídico, sino el punto de partida de este. La cuestión verdaderamente relevante no consiste en determinar si existía o no relación entre el causante y el legitimario, sino en averiguar por qué desapareció dicha relación, a quién resulta imputable su ruptura y si esa conducta produjo en el testador un auténtico menoscabo psicológico.

Esta evolución explica que la jurisprudencia más reciente haya desplazado progresivamente el centro del debate. Frente a una primera etapa centrada en comprobar la existencia de una ruptura afectiva, las resoluciones más recientes concentran el análisis en dos elementos decisivos: la imputabilidad del distanciamiento al legitimario y la existencia de un daño psicológico real en el causante. Solo cuando concurren cumulativamente ambos requisitos, puede afirmarse que el abandono afectivo trasciende el ámbito de los

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

conflictos familiares para convertirse en un supuesto de maltrato psicológico subsumible en el artículo 853.2 del Código Civil.

No debe olvidarse, además, que las relaciones familiares son, por naturaleza, complejas y bidireccionales. Como indica el Tribunal Supremo *no basta la existencia de tristeza, decepción o falta de afecto. La decepción forma parte de las relaciones humanas*. La ruptura de la convivencia o de la comunicación puede obedecer a múltiples factores que impiden atribuir automáticamente la responsabilidad al legitimario. Y precisamente por ello, el Tribunal Supremo ha reiterado que la desheredación no puede fundamentarse en una valoración puramente objetiva de la falta de relación, sino que exige un examen individualizado de las circunstancias concurrentes en cada caso.

## V. PRIMER REQUISITO ESENCIAL: LA IMPUTABILIDAD DE LA RUPTURA AL LEGITIMARIO

La evolución jurisprudencial más reciente revela que el elemento verdaderamente determinante para apreciar la causa de **desheredación** prevista en el artículo 853.2 del Código Civil no es tanto la existencia objetiva de una ruptura de la relación familiar como la imputabilidad de dicha ruptura al legitimario.

En otras palabras, el Tribunal Supremo ha desplazado el centro del análisis desde la constatación del distanciamiento afectivo hacia la investigación de sus causas. No basta con acreditar que padre e hijo dejaron de relacionarse durante años. Resulta imprescindible demostrar que ese alejamiento constituye la consecuencia de una conducta **voluntaria, injustificada y objetivamente reprochable** del desheredado.

La jurisprudencia exige, por tanto, que la **ruptura sea injustificada, objetivamente imputable al legitimario y que no haya sido provocada, favorecida o consentida por el propio causante**. Y este requisito constituye el verdadero eje sobre el que gira actualmente toda la doctrina del maltrato psicológico como causa de desheredación.

En realidad, la Sala Primera no pregunta únicamente si existía o no relación familiar, sino algo mucho más complejo como es ¿quién es jurídicamente el responsable de la desaparición de ese vínculo? Esta precisión posee una enorme trascendencia práctica. Las relaciones familiares no pueden analizarse desde una perspectiva puramente objetiva, pues la ruptura de la convivencia o de la comunicación suele obedecer a procesos personales complejos en los que intervienen múltiples factores. Por ello, no toda ausencia de contacto revela abandono, no todo silencio constituye desprecio ni toda distancia afectiva implica maltrato psicológico. Precisamente por ello, el Tribunal Supremo insiste en la necesidad de realizar un examen individualizado de las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

La jurisprudencia pone de manifiesto que la imputabilidad no puede presumirse a partir del mero transcurso del tiempo sin relación. Será necesario analizar, entre otras circunstancias, quién abandonó inicialmente la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

relación, si el causante intentó mantener el contacto, si el legitimario rechazó esos intentos, si existieron conflictos familiares previos, si el alejamiento vino determinado por la crisis matrimonial de los progenitores, la edad del legitimario cuando comenzó el distanciamiento o la existencia de obstáculos creados por terceras personas para mantener la relación, entre otros. El juicio de imputabilidad exige, por tanto, una auténtica reconstrucción de la historia familiar, lo que explica el marcado carácter casuístico de esta materia.

Uno de los criterios más reiterados por el Tribunal Supremo consiste en negar la imputabilidad cuando la ruptura se produjo durante la minoría de edad del legitimario. Y la razón resulta evidente: un menor carece, por regla general, de autonomía suficiente para decidir libremente el mantenimiento o la ruptura de las relaciones paternofiliales. De manera que, en tales supuestos, la falta de comunicación suele venir condicionada por las decisiones adoptadas por los progenitores tras la ruptura matrimonial o por el propio contexto familiar. Por lo que, en consecuencia, no resulta jurídicamente admisible trasladar al hijo las consecuencias de un conflicto que escapa a su capacidad de decisión.

Asimismo, la imputabilidad exige igualmente valorar la conducta desplegada por el propio testador. No puede apreciarse maltrato psicológico cuando el progenitor abandonó previamente a sus hijos, incumplió de forma reiterada sus deberes parentales, renunció voluntariamente al contacto, rechazó los intentos de reconciliación o contribuyó de forma significativa al deterioro de la relación. La jurisprudencia parte de una idea esencial: **nadie puede invocar como causa de desheredación una situación cuya producción ha favorecido o consentido**.

Por ello, la responsabilidad compartida en la ruptura del vínculo excluye, como regla general, la procedencia de la desheredación.

Y precisamente la STS 865/2025, de 2 de junio que analizamos es un ejemplo paradigmático. En ella, el Tribunal Supremo aprecia que la ruptura de la relación familiar se produjo tras la separación matrimonial de los progenitores, cuando dos de los hijos todavía eran menores de edad. Y, a ello, añade otros datos especialmente significativos como es que no consta que el padre realizara esfuerzos efectivos para restablecer la relación con los hijos ni que los hijos rechazaran voluntariamente esos posibles intentos de acercamiento realizados supuestamente por el progenitor. Y concluye la Sala que el propio causante contribuyó al mantenimiento del distanciamiento dado que incluso omitió la existencia de sus tres hijos en determinada documentación médica.

Y, por ello, la Sala, en vistas de las circunstancias existentes en ese concreto caso, concluyó que el alejamiento afectivo no podía atribuirse de forma exclusiva a los legitimarios, razón que llevó a la Sala a rechazar la concurrencia de la causa de desheredación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## VI. SEGUNDO REQUISITO ESENCIAL: LA EXISTENCIA DE UN DAÑO PSICOLÓGICO REAL

El segundo gran filtro jurisprudencial consiste en la exigencia de un verdadero daño psicológico sufrido por el testador.

La jurisprudencia ha dejado claro que **la mera ruptura de la relación familiar no permite presumir automáticamente la existencia de maltrato psicológico**. El sufrimiento emocional del causante constituye un elemento autónomo de la causa de desheredación y, por tanto, debe ser objeto de una prueba específica.

En consecuencia, no basta con acreditar que el testador experimentó sentimientos de decepción, tristeza o frustración derivados del deterioro de las relaciones familiares. Tales reacciones, aunque comprensibles desde un punto de vista humano, forman parte de la conflictividad inherente a muchas relaciones paternofiliales y no alcanzan, por sí solas, la intensidad exigida por el artículo 853.2 del Código Civil.

Lo que la jurisprudencia exige es que la conducta del legitimario haya provocado un **auténtico menoscabo psíquico**, susceptible de ser jurídicamente calificado como maltrato psicológico. No se trata, por tanto, de valorar el mero sufrimiento subjetivo del causante, sino de comprobar si la conducta desplegada por el desheredado ha lesionado de forma grave y relevante la integridad moral del testador.

En palabras del Tribunal Supremo, se alude a situaciones de *angustia persistente, desasosiego emocional, profundo sufrimiento moral, sentimientos de abandono con relevancia psíquica o deterioro significativo del equilibrio emocional del causante*. Por tanto, la intensidad del daño constituye un elemento esencial de la causa de desheredación.

Además, el daño psicológico no puede presumirse. Y ello porque el razonamiento del Tribunal Supremo parte de una idea sencilla, pero de enorme trascendencia práctica: las relaciones familiares son extraordinariamente complejas y la falta de contacto puede obedecer a muy diversas circunstancias.

Por ello, el hecho de que padre e hijo lleven años sin hablarse no permite concluir automáticamente que el progenitor haya sufrido un auténtico maltrato psicológico.

En otras palabras, **la ausencia de relación constituye un indicio**, pero nunca una prueba suficiente del daño exigido por el artículo 853.2 CC.

## VII. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL ARTÍCULO 850 DEL CÓDIGO CIVIL

Hasta ahora se ha explicado cuándo existe **maltrato psicológico**. Y ahora, debemos explicar cómo se prueba el mismo. La STS 865/2025 analizada, establece la diferencia entre **carga de la prueba** y **valoración de la prueba**.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Desde el punto de vista procesal, el artículo 850 del Código Civil desempeña un papel decisivo en los litigios sobre desheredación. Dicho precepto expresamente indica que *la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare.*

Se trata pues de una regla especial de distribución de la *carga de la prueba* que constituye una excepción a las reglas generales previstas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El legislador, consciente del carácter excepcional de la desheredación y de la especial protección que el ordenamiento dispensa a la legítima, desplaza expresamente la carga probatoria hacia quienes pretenden mantener la eficacia de la cláusula testamentaria.

La consecuencia es clara: **una vez que el legitimario impugna la desheredación y niega la realidad de la causa invocada, corresponde a los herederos instituidos acreditar plenamente la concurrencia de todos los presupuestos exigidos por la ley**. De manera que, no basta, por lo tanto, con acreditar de forma genérica la existencia de una mala relación familiar. Sino que, quien sostiene la validez de la desheredación, debe demostrar todos y cada uno de los elementos constitutivos de la causa alegada.

Y, la ausencia de prueba suficiente respecto de cualquiera de los elementos antes indicados (existencia de una ruptura relevante y continuada de la relación familiar, imputabilidad de ésta de forma exclusiva o cuanto menos preponderante al legitimario y existencia de auténtico menoscabo psicológico del causante), determinará necesariamente el fracaso de la desheredación dado que la **desheredación supone una excepción al principio general de protección de la legítima** y, como toda excepción, exige una acreditación rigurosa de los hechos que la justifican.

Es decir. El artículo 850 del Código Civil implica que el riesgo derivado de la falta de prueba, recaiga íntegramente sobre quienes pretendan hacer valer la desheredación y, en caso de duda, ésta favorecerá al legitimario.

## VIII. CONCLUSIONES

La evolución jurisprudencial del artículo 853.2 del Código Civil constituye uno de los ejemplos más significativos de interpretación evolutiva llevados a cabo por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el ámbito del Derecho de sucesiones. Sin modificar el tenor literal del precepto, el Alto Tribunal ha adaptado el concepto tradicional de *maltrato de obra* a la realidad social contemporánea, admitiendo que determinadas formas de maltrato psicológico pueden integrar la causa legal de desheredación.

Esta reinterpretación encuentra su fundamento en el artículo 3.1 del Código Civil y en los valores constitucionales que informan nuestro ordenamiento, singularmente la dignidad de la persona proclamada en

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

el artículo 10 de la Constitución. No obstante, el Tribunal Supremo ha sido igualmente consciente del riesgo que una interpretación excesivamente amplia podría representar para el sistema legitimario diseñado por el legislador.

Precisamente por ello, la evolución jurisprudencial no ha supuesto una liberalización de las causas de desheredación. Antes, al contrario. Junto a la ampliación material del concepto de maltrato de obra, la Sala Primera ha ido construyendo un conjunto de requisitos cada vez más rigurosos para apreciar la concurrencia de la causa prevista en el artículo 853.2 del Código Civil.

Así, la jurisprudencia más reciente exige, de forma acumulativa, la existencia de una ruptura grave y prolongada del vínculo familiar, la imputabilidad de dicha ruptura al legitimario, el carácter injustificado de su conducta y la producción de un auténtico daño psicológico en el causante. Solo la concurrencia de todos estos elementos permite afirmar que el abandono afectivo trasciende el ámbito de los conflictos familiares para convertirse en un verdadero supuesto de maltrato psicológico.

Desde esta perspectiva, la verdadera aportación de la jurisprudencia posterior a las SSTS 258/2014 y 59/2015 no radica únicamente en haber reconocido el **maltrato psicológico** como modalidad de maltrato de obra, sino en haber delimitado cuidadosamente su ámbito de aplicación mediante una construcción dogmática progresiva que impide identificar cualquier situación de distanciamiento familiar con una causa legítima de desheredación.

La STS 865/2025 constituye, probablemente, la mejor expresión de esta evolución. La sentencia reafirma que la falta de relación familiar, por dolorosa que pueda resultar para el causante, no constituye por sí sola causa bastante para privar al legitimario de sus derechos sucesorios. El verdadero objeto del juicio ya no es comprobar la existencia del distanciamiento, sino determinar quién provocó la ruptura, si ésta resulta jurídicamente imputable al desheredado y si produjo un efectivo menoscabo psicológico en el testador.

Desde un punto de vista procesal, esta evolución se complementa con la función garantista desempeñada por el artículo 850 del Código Civil. La ampliación del concepto material de maltrato de obra no ha ido acompañada de una relajación de las exigencias probatorias. Muy al contrario. El Tribunal Supremo ha reforzado progresivamente la necesidad de acreditar de forma rigurosa todos los elementos constitutivos de la causa de desheredación, desplazando expresamente la carga de la prueba hacia quienes pretenden sostener su validez. De este modo, el artículo 850 del Código Civil actúa como el necesario contrapeso procesal de la interpretación evolutiva del artículo 853.2 del Código Civil, garantizando que la flexibilización conceptual no desemboque en una aplicación indiscriminada de una institución que continúa siendo excepcional.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esa es, precisamente, la principal aportación de la jurisprudencia reciente: el Tribunal Supremo no ha creado una nueva causa autónoma de desheredación basada en el desafecto o en la ausencia de relaciones familiares, sino que ha reconstruido el contenido jurídico del concepto de *maltrato de obra* a la luz de la evolución social y constitucional del ordenamiento. Sin embargo, esa ampliación conceptual se ha visto compensada por un progresivo endurecimiento de los requisitos materiales y probatorios exigidos para apreciar la concurrencia de la causa legal.

Con todo ello, podemos afirmar que la doctrina jurisprudencial ha alcanzado un razonable punto de equilibrio entre dos intereses igualmente dignos de protección. De un lado, la necesidad de adaptar el Derecho sucesorio a nuevas manifestaciones de violencia y abandono intrafamiliar que el legislador de 1889 difícilmente pudo prever. Y, de otro, la preservación del principio de tipicidad de las causas de desheredación y de la función protectora que la legítima sigue desempeñando en nuestro sistema sucesorio.

No obstante, la evolución descrita plantea un interesante debate dogmático que previsiblemente seguirá ocupando a la doctrina y a la jurisprudencia en los próximos años: **determinar hasta qué punto la reinterpretación judicial del artículo 853.2 del Código Civil constituye una legítima aplicación de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del Código Civil o si, por el contrario, se aproxima a una verdadera función creadora del Derecho que debería corresponder al legislador**. La respuesta a esta cuestión trasciende el ámbito del Derecho de sucesiones y conecta con uno de los debates clásicos de la teoría general del Derecho: los límites de la función interpretativa de los tribunales cuando la realidad social evoluciona con mayor rapidez que la norma escrita.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA BICICLETA ELÉCTRICA NO ES UN VEHÍCULO A MOTOR. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

*Héctor Buenosvinos González*

Profesor Asociado derecho privado Universidad de Vigo, doctorando, abogado

**SUMARIO:** *I. El nacimiento de las bicicletas eléctricas. II. Concepto y requisitos de las bicicletas eléctricas. III. El concepto de patinete eléctrico aplicado a la bicicleta eléctrica. IV. Análisis de la jurisprudencia nacional. V. Análisis de la jurisprudencia europea. VI. Conclusiones. VII. Abreviaturas. VIII. Bibliografía*

## I. EL NACIMIENTO DE LAS BICICLETAS ELÉCTRICAS

Aunque socialmente se cree que se trata de un invento relativamente reciente, lo cierto es que en 1895 Ogden Bolton Jr. patentó por primera vez en EE. UU una de las primeras bicicletas eléctricas reconocidas. Tenía un motor eléctrico integrado en la rueda trasera y una batería de 10 V colocada en el cuadro; en 1897 Hosea W. Libbey diseñó otra bicicleta eléctrica con motor situado en el eje de los pedales, un concepto bastante parecido a los motores centrales actuales. A pesar de que en las siguientes décadas se diseñaron otros prototipos, lo cierto es que no se popularizó hasta la década de 1990, es decir, un siglo después, gracias a la empresa nipona Yamaha Motor Company que en 1992 introdujo su sistema PAS (Power Assist System) cuyo objetivo no era crear una bicicleta a motor en el que el conductor no tuviera que imprimir en ella ningún esfuerzo para moverse, sino un bicicleta con un motor que le ayudara a pedalear pero que no dejara éste de propulsarse con su energía física. Así pues, debemos distinguir las bicicletas que tienen un motor que ayuda al pedaleo de las bicicletas que se mueven exclusivamente a motor sin pedaleo.

El mercado japonés fue el primero que comenzó a comercializar este tipo de vehículos expandiéndose internacionalmente, principalmente en Europa y EEUU, en la década de 2000. Sin embargo, todavía en aquella época, este tipo de bicicletas seguía siendo muy pesadas debido al material para su fabricación y las baterías que tenían incorporadas. Su gran popularización se produjo a partir del año 2010 – por eso, la sociedad cree que es un invento reciente – pues las empresas comenzaron a fabricarlas con baterías de litio menos pesadas y motores más pequeños, por tanto, una reducción de sus precios provocando que una gran parte de la ciudadanía pudiera acceder a comprar una como alternativa al automóvil y al transporte público.

En España llegaron principalmente mediante importaciones de Italia siendo destacable los primeros años del siglo XXI en Barcelona, lugar donde este tipo de vehículos se hizo popular abriendo las primeras tiendas de venta de bicicletas eléctricas. Por ejemplo, en 2004 la empresa española Monty con sede en Tarragona fabrica la primera bicicleta eléctrica española, y unos años más tarde, las empresas españolas tradicionales en la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

fabricación de bicicletas como BH u Orbea comienzan a fabricarlas y venderlas[1]. La venta de este tipo de bicicletas ha ido a la par de su popularización. En los últimos diez años, las ventas han sufrido un incremento considerable incluso hasta superar en cifras a los coches, pero su caída en los dos últimos años[2] ha frenado la continuidad positiva en su venta. La progresión que llevaba las ventas entre 2017 y 2020 aumentó tras la crisis sanitaria mundial de Covid-19 animándose la ciudadanía a utilizar este medio como forma de transporte, optando así, también, por una vida más sana y menos contaminante. Sin embargo, en 2024 esta progresión se paralizó según los expertos, debido a los altos costes de su precio de venta y la electricidad, así como las escasas ayudas públicas que perciben sus fabricantes a diferencia del coche eléctrico en España.

## II. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LAS BICICLETAS ELÉCTRICAS

La vigente norma en España en la materia es el Real Decreto legislativo 6/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial[3], en cuyo anexo I (por remisión del art. 3) se establecen las definiciones aplicadas en esta norma, entre la que se destacan el concepto de vehículo a motor.

Como concepto general de "vehículo", el apartado 6º del citado anexo señala que es *aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2.* Ahora bien, la norma va más allá y define con más exactitud los distintos tipos apartados que son considerados vehículos como "ciclo" (apartado 7º anexo I). "ciclomotor" (apartado 9º anexo I) distinguiendo el vehículo a dos, tres y cuatro ruedas. No obstante, las definiciones referidas son categorías generales, pues la ley, además, distingue entre vehículo a motor, automóvil, bicicleta y motocicleta. El presente estudio tiene como objeto el análisis sobre la no consideración de la bicicleta eléctrica como vehículo a motor. Por tanto, con carácter previo, debemos examinar estos conceptos fijados en la ley. Partiendo de la idea inicial de que un vehículo es un aparato para circular por las vías o terrenos adecuadas para ello, un "vehículo a motor" es un *"vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida"* (apartado 12º anexo I). Es decir, en términos más sencillos, es un aparato que tiene un motor para propulsarse, esto es, moverse. La ley no confiere a esta noción la consideración que, si se establece, por ejemplo, en el concepto de automóvil como *vehículo de motor que sirve, normalmente, para el transporte de personas o de cosas, o de ambas a la vez, o para la tracción de otros vehículos con aquel fin. Se excluyen de esta definición los vehículos especiales* (apartado nº 13 anexo I). Es decir, cuando la norma define el concepto de automóvil ya parte de la noción de

[1] https://elpais.com/economia/2017/11/09/actualidad/1510229512_964454.html?

[2] https://www.servimedia.es/noticias/bici-electrica-da-primer-frenazo-historico-ventas-espana/1411580068?

[3] Publicada en el BOE núm. 261, 31 octubre 2025. Ref. BOE-A-2015-11722. Enlace web: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/6/con. En vigor desde 31 enero 2016.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

vehículo (aparato con un motor para moverse) comprendiendo en ésta la finalidad de este que, no es otra que, transportar personas, cosas o ayudar a moverse a otros vehículos.

Así las cosas, debemos preguntarnos, por tanto, si una bicicleta eléctrica es considerada legalmente un vehículo a motor. En un primer examen, la norma define la "bicicleta" como "ciclo de ruedas" (apartado 8º anexo I) y, por ende, debemos tener en cuenta que a estos efectos un ciclo es *vehículo provisto de, al menos, dos ruedas y propulsado exclusiva o principalmente por la energía muscular de la persona o personas que están sobre el vehículo, en particular por medio de pedales* (apartado 7º anexo I). Es decir, una bicicleta – o bici, como se suele referirse comúnmente – es un aparato que se mueve gracias a la persona que la conduce y sin utilizar un motor. Precisamente, la principal diferencia entre una bicicleta y una motocicleta es que, aunque ambas tienen dos ruedas, es que la segunda se mueve gracias a un motor y no por la energía de la persona que lo conduce. No obstante, hay que tener en cuenta que la definición de la ley señala que la bicicleta está propulsada *exclusiva o principalmente*. No son dos adverbios aplicados por casualidad, pues en este matiz encontraremos la controversia sobre si una bicicleta eléctrica es o no un vehículo a motor. Asimismo, la definición de "ciclo" añade en segundo apartado: *Se incluyen en esta definición los ciclos de pedaleo asistido,* y es que una bicicleta es un ciclo de dos ruedas, por tanto, un vehículo de pedaleo que puede estar asistido exclusiva o principalmente por un motor que ayuda al conductor a propulsarse o moverse cuando imprime su energía física en el pedaleo.

En cuanto al Reglamento General de vehículos[4] establece en su Anexo II las definiciones utilizadas. Utiliza las mismas nociones que la ley desarrolla en este reglamento. No obstante, si ofrece una definición de "ciclo de pedales con pedaleo asistido" como *ciclo, equipado con pedales y con un motor eléctrico auxiliar, de potencia nominal continua máxima inferior o igual a 250 W, cuya potencia disminuya progresivamente y que finalmente se interrumpa antes de que la velocidad del vehículo alcance los 25 km/h o si el ciclista deja de pedalear* pues la ley incluye este concepto en la definición de ciclo sin especificar ni realizar alguna diferencia. Es más, el reglamento es más específico definiendo la "bicicleta de pedales con pedaleo asistido" como *ciclo de pedales con pedaleo asistido de dos ruedas*.

En definitiva, de la definición legal de bicicletas podemos concluir una bicicleta eléctrica debe cumplir los siguientes requisitos: 1) es un vehículo, por tanto, un aparato para circular por vías y terrenos; 2) tiene dos o más ruedas; 3) con pedales, usados por su conductor para mover la bicicleta; 4) equipada con un motor eléctrico auxiliar o secundario que ayuda al conductor a imprimir fuerza en los pedales para facilitar el movimiento de la bicicleta; 5) la bicicleta debe moverse principalmente con el pedaleo y cualquier otro sistema eléctrico es auxiliar y no principal; 6) el motor eléctrico incorporado no puede superar una potencia nominal

[4] Aprobado mediante el Real Decreto 2822/1998, de 23 diciembre. Publicado en el BOE núm. 22, de 26 enero 1999. Ref. BOE-A-1999-1826. Enlace web: https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/12/23/2822/con

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

continua inferior o igual a 250 W y cuya potencia disminuya progresivamente y se interrumpa antes de que la velocidad alcance los 25 km/h, salvo que el ciclista deja de pedalear.

## III. EL CONCEPTO DE PATINETE ELÉCTRICO APLICADO A LA BICICLETA ELÉCTRICA

De igual forma que la bicicleta eléctrica, los primeros prototipos de patinetes eléctricos datan de primeros del siglo XX, pero no se popularizó masivamente hasta hace diez años, sobre todo en ciudades grandes como Madrid y Barcelona[5]. Aunque su normativa de ámbito municipal sobre su utilización ha sido variada, en cuanto a lo que nos concierne en este estudio es su similitud y diferencias con la bicicleta eléctrica. Así pues, la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial no aporta ninguna definición sobre el patinete eléctrico, habiéndose incorporado ésta en el reglamento que desarrolla la referida norma mediante el Real Decreto 970/2020, de 10 noviembre. Se trata de una reforma muy reciente pero necesitada ante el auge exponencial del uso de este tipo de vehículos y la ausencia de regulación expresa. El vigente reglamento general de vehículos no define este concepto en su denominación "patinete eléctrico" sino que este tipo de vehículo se incluye en la noción de "vehículo de movilidad personal". El anexo II del reglamento le define como *vehículo de una o más ruedas dotado de una única plaza y propulsado exclusivamente por motores eléctricos que pueden proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h. Sólo pueden estar equipados con un asiento o sillín si están dotados de sistema de autoequilibrado. Se excluyen de esta definición los Vehículos sin sistema de autoequilibrado y con sillín, los vehículos concebidos para competición, los vehículos para personas con movilidad reducida y los vehículos con una tensión de trabajo mayor a 100 VCC o 240 VAC, así como aquellos incluidos dentro del ámbito del Reglamento (UE) n.º 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013.*

Si tenemos en cuenta la definición que la misma norma ofrece para la bicicleta eléctrica, además de su propia ley, podemos concluir que ambos tipos de vehículos cumplen algunas características o requisitos: 1) se trata de un vehículo, por tanto, un aparato utilizado para moverse por vías o terrenos; 2) tiene dos o más ruedas; 3) pueden estar equipados por un asiento o un sillín; 4) ambos pueden alcanzar como máximo 25 km/h. No obstante, también mantienen diferencias entre ellos: 1) puede tener una sola rueda, a diferencia de la bicicleta que es diseñada con al menos dos ruedas; 2) solamente tiene una plaza, a diferencia de las bicicletas que pueden tener más de una siempre que su diseño lo permita; 3) para poder moverse utiliza exclusivamente un motor eléctrico. Sin embargo, la bicicleta eléctrica utiliza este motor de manera secundaria o auxiliar.

Aunque existen otras diferencias, sin duda, la más destacable o principal es el uso de motor eléctrico en el vehículo para mover o propulsarse con la bicicleta o patinete eléctrico. El primero de ellos es secundario o auxiliar para ayudar a su conductor a mover la bicicleta mientras pedalea y el segundo utiliza el motor de

[5] https://www.rtve.es/play/audios/por-tres-razones/tres-razones-llego-patinete-electrico-ahora/4806465/

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

forma exclusiva y principal, pues no tiene pedales y tampoco puede moverse empujado por el conductor. Por tanto, teniendo en cuenta esta principal característica del patinete eléctrico, ¿es un vehículo a motor? En un primer momento, podríamos pensar que sí, pues según la definición de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, un vehículo a motor es aquel que utiliza un motor para moverse (anexo I), como el patinete eléctrico, sin uso de energía física humana. Sin embargo, el reglamento que desarrolla la referida norma excluye concretamente de esta categoría (anexo II) *los ciclomotores, los tranvías, los vehículos para personas de movilidad reducida, los ciclos de pedales con pedaleo asistido y los vehículos de movilidad personal*[6].

En definitiva, no podemos considerar que un patinete eléctrico (vehículo de movilidad personal) sea un vehículo a motor, pues el legislador concluyó en la ley que tener un motor no significa necesariamente que sea un vehículo a motor a efectos jurídicos. Por lo tanto, aunque el patinete eléctrico tenga una clara diferencia con la bicicleta eléctrica – respecto al uso principal o secundario del motor para propulsarse – jurídicamente ambos vehículos no se consideran a motor. Es más, conforme el reglamento europeo nº 168/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos, están excluidos de autorización administrativa para circular y no se requiere seguro ni matriculación (art. 2).

## IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Previo examen de la jurisprudencia europea es preciso dibujar el escenario nacional sobre la nación de bicicleta eléctrica según la norma española. La jurisprudencia nacional no ha constituido una definición concreta y autónoma, sin perjuicio de que la propia ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y su reglamento aportan definiciones en su texto. Por tanto, en una primera aproximación jurisprudencial podemos señalar que no existe un debate jurídico sobre qué es una bicicleta eléctrica estando bastante clara la definición normativa y su interpretación por los tribunales.

El **Alto Tribunal Sala 1º de lo civil** en su **sentencia nº 11/2011 de 3 febrero 2011 (Rec. 1294/2007 Id Cendoj: 28079110012011100099)** respecto un accidente de circulación entre una bicicleta y una motocicleta concluyó que la primera (bicicleta) no es un vehículo a motor: *la condena de la recurrente tiene su origen en la conducción de una bicicleta, que no es un vehículo de motor, lo que implica que la recurrente no ha sido condenada como responsable de los daños y perjuicios derivados del riesgo creado por la circulación de un vehículo a motor y no le debió ser exigida la constitución del depósito para apelar la sentencia de primera instancia.* Sin embargo, el caso de autos era sobre una bicicleta, pero no eléctrica. No obstante, se trata de un

[6] Esta exclusión fue introducida en el reglamento mediante la Orden PJC/780/2025, de 21 julio. En la misma, además, se incluye las definiciones que también estudiamos en este artículo de "Ciclo de pedales con pedaleo asistido" y "Bicicleta de pedales con pedaleo asistido".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

principio jurisprudencial aplicable pues una bicicleta eléctrica no deja de ser un tipo concreto de la categoría general de bicicleta. Además, la normativa aplicable ya señala que es un ciclo de dos ruedas y, por ende, un ciclo es un vehículo *propulsado exclusiva o principalmente por la energía muscular de la persona o personas que están sobre el vehículo, en particular por medio de pedales. Se incluyen en esta definición los ciclos de pedaleo asistido,* es decir, el motor eléctrico que se incluye es secundario o auxiliar, pero no principal. Por tanto, si una bicicleta considerada como ciclo de dos ruedas no es un vehículo a motor, tal y como señala el TS, tampoco lo será el tipo de bicicleta, eléctrica en este caso, asistido con pedales y un motor auxiliar. Como señalábamos anteriormente, aunque tenga un motor no implica *per se* que se trate de un vehículo a motor, pues el legislador, además, la excluye de esta categoría. Asimismo, en la jurisdicción penal el Pleno del TS también se ha pronunciado en el campo de los delitos contra la seguridad vial por conducción sin permiso – en la jurisdicción civil, el campo enjuiciado es sobre las indemnizaciones en accidentes de tráfico -. El **Pleno del TS sala 2º de lo penal en su sentencia nº 120/2022 de 10 febrero 2022 (Rec. 5421/2020)** respecto la conducción de la acusada de un vehículo a dos ruedas provisto de acelerador y sillín pero no de pedales explicaba que *desde la aparición en la realidad social de tales vehículos (expresado este término en sentido material de apto para la circulación), las anteriores descripciones legales partían solamente de dos clases de vehículos de dos ruedas: o era un ciclo, con o sin propulsión mecánica (L1e-A), o se trataba de un ciclomotor (L1e-B). No existía en el mercado ningún vehículo más ni instrumento de circulación que no respondiera a tal clasificación. Ello conduce a que, con esta definición, no se pueden diferenciar los ciclomotores de los VMP, pues en ambos casos tienen dos ruedas, esa propia limitación de velocidad genérica, y un motor de menos de 4 KW de potencia. Es decir, todos los vehículos de dos ruedas con motor y sin pedales, serían considerados como ciclomotores, lo que, evidentemente, no es así.* El Alto Tribunal reconoce que el legislador ha dado una realidad superior a los ciclos con motor, pero de rango inferior a un ciclomotor, debiendo distinguirse si una bicicleta eléctrica es o no considerado un vehículo de movilidad personal (VMP) considerado un vehículo entre el ciclo asistido y el ciclomotor, sin perjuicio de la definición que el reglamento de la ley de tráfico ya ofrece sobre VMP. Y, aunque en el caso de autos, el TS reconoce que faltan datos técnicos del vehículo que conducía la acusada – para incluirlo en una u otra categoría según las definiciones dadas por la normativa nacional y comunitaria que ya hemos analizado en apartados anteriores -, *no todo vehículo de dos ruedas que no alcance la potencia en motor señalada en la descripción europea o nacional, puede ser considerado, sin más, un ciclomotor*. Por tanto, *de manera que los VMP y los ciclomotores son vehículos con conceptuaciones normativas diferentes en nuestra legislación interna. Por ello, los VMP constituyen una categoría nueva de vehículos.* Para ello, hay que tener en cuenta las características técnicas del mismo, si tiene sillín, sistema de auto-equilibrio, motor eléctrico y cuál es su potencia y velocidad máxima, etc. Este criterio ha sido reiterado por la sala segunda de lo penal del TS en resoluciones posteriores como, por ejemplo, **sentencia nº 851/2023 de 22 noviembre 2023 (Rec. 5759/2021) o sentencia nº 517/2025 de 4 junio 2025 (Rec. 8014/2022).**

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El debate sobre la definición de la bicicleta eléctrica también ha tenido su eco en otras jurisdicciones, como, por ejemplo, la administrativa. Así, por ejemplo, podemos citar la **sentencia del TSJ Madrid Sala de lo contencioso-administrativo (sec. 8º) nº 1003/2022 de 4 noviembre 2022 (Rec. 197/2022)** sobre la aprobación del Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. La norma impugnada en este procedimiento restringe el acceso al parque a vehículos motorizados a excepción de finalidades de gestión, salvamento, investigación, policía y vigilancia ambiental. Por tanto, se pregunta el TSJ si una bicicleta es un vehículo motorizado concluyendo que *dado que ni nuestra normativa interna en materia de tráfico, ni el Reglamento (UE) Nº 168/2013 (a efectos ambientales éste último) permiten considerar a una bicicleta eléctrica con asistencia al pedaleo, con potencia del motor no superior a 250W, como un vehículo a motor o motorizado, la excepción de autorización que contiene el artículo 47.d) impugnado -aplicada concretamente a este tipo de vehículos para una práctica asimilada a la actividad de ciclismo con bicicletas no motorizadas y en viales de acceso restringido- no resulta contrapuesta a lo establecido en el Plan Director ni supone una regresión en el estándar ambiental establecido para la restricción del acceso motorizado al Parque Nacional. El motivo impugnatorio examinado debe, por lo expuesto, ser rechazado.* Este tribunal, de conformidad con la normativa nacional y europea, concluye que no puede ser considerado un vehículo motorizado una bicicleta eléctrica.

El resto de jurisprudencia nacional no dictado resoluciones expresamente sobre la consideración o no de vehículo a motor de la bicicleta eléctrica pues los tribunales se han pronunciado de manera indirecta en otros campos como el valor económico de este vehículo en un accidente de tráfico o la valoración de lesiones y daño moral cuando la víctima conducía este tipo de bicicletas, pero no sobre su propia naturaleza para dar una noción jurídica del concepto. Tal vez, es la jurisdicción penal la que, si se ha pronunciado expresamente sobre ello, y con mayor importancia por ser una sentencia del Pleno – al tener que resolver si este tipo de vehículos se incluye en los delitos contra la seguridad vial, pues para poder confirmar una condena penal al acusado por este tipo de delitos se requiere previamente analizar la naturaleza de la bicicleta eléctrica.

## V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

El título de este estudio refleja con claridad el objeto de este que, no es otro que examinar la sentencia del TJUE sobre la bicicleta eléctrica y su consideración o no como vehículo a motor. Previamente, hemos analizado la normativa nacional y europea y nos hemos acercado tímidamente al criterio de los tribunales españoles. Pues, aunque ésta no se haya pronunciado abundantemente sobre ello, a excepción de la jurisdicción penal citada, la jurisprudencia comunitaria si ha tenido la ocasión de pronunciarse.

Nos estamos refiriendo a la **sentencia del TJUE (sala 5º) de 12 octubre 2023, asunto C-286/2022, KBC Verzekeringen NV vs P&V Verzekeringen CVBA,** por una petición planteada por el Tribunal de Casación de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Bélgica (Hof van Cassatie)[7]. El debate se centra sobre la interpretación que debe darse al art. 1.1 de DUE 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad[8]. Aunque el debate de fondo en este procedimiento es referente a otro campo sobre la responsabilidad civil de un accidente de tráfico, en lo relativo a este estudio es conocer el criterio del TJUE sobre la bicicleta eléctrica. La cuestión prejudicial se cuestiona si una bicicleta cuyo motor eléctrico únicamente presta asistencia al pedaleo y que dispone de una función que le permite acelerar sin pedalear hasta una velocidad de 20 km/h, cuya función solo puede activarse tras utilizar la fuerza muscular. El TJUE recuerda que, *para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, procede tener en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte* (apartado nº 32).

Así pues, el art. 1.1 DUE 2009/13 define al vehículo como *todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados.* Por tanto, cuando la definición se refiere *todo vehículo automóvil*, según el TJUE, es a cualquier aparato que está diseñado para que pueda desplazarse por el suelo mediante una fuerza que produce una máquina. Por consiguiente, si el apartado se mueve por la fuerza humana o animal, no se incluye en cualquier vehículo (apartado nº 33). Ahora bien, por simple yuxtaposición no podemos concluir que una bicicleta eléctrica no se incluye en el concepto del citado art. 1.1, pues este precepto *no contiene ninguna indicación que permita determinar si tal fuerza mecánica debe desempeñar un papel exclusivo en el accionamiento del vehículo de que se trate* (apartado nº 34). Esta reflexión del tribunal comunitario debemos ponerla en conexión con la definición que ofrece nuestra ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial cuando ya advertíamos en el punto nº 2 de este estudio que el debate se centra en dilucidar si el concepto de "ciclo" en el que se indica que es un vehículo propulsado *exclusiva o principalmente por la energía muscular de la persona.* Hay que determinar cuánto auxilia el motor eléctrico de la bicicleta para considerar que su acción es secundaria o principal y que sin el pedaleo de su conductor imprimiendo su fuerza y energía en el pedal la misma no puede moverse.

El TJUE es consciente de que las incorporaciones nacionales de esta DUE en el derecho interno de cada estado miembro de UE han variado las definiciones del art. 1.1, no siendo clara una posición pacífica (apartado nº 35)

[7] Se puede consultar el texto íntegro de la sentencia en el siguiente enlace web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1775297180424&uri=CELEX%3A62022CJ0286&utm

[8] Publicada en el DOUE núm. 263, 7 octubre 2009. Ref. DOUE-L-2009-81926. Su texto se puede consultar en el BOE en el siguiente enlace web: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-81926. Esta directiva ha sido modificada por DUE UE 2118/2021 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 noviembre 2021, publicada en el DOUE núm. 430, 2 diciembre 2021. Ref. DOUE -L-2021-81670. Su texto se puede consultar en el BOE en el siguiente enlace web: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-81670

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que requiere dar uniformidad a todas las versiones a tenor de la finalidad de la norma que persigue. Así las cosas, el considerando segundo de la DUE se refiere a seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, es decir, en palabras del TJUE a *la circulación de máquinas como las motocicletas, los coches y los camiones que, salvo en los casos en que estén al final de su vida útil, se desplazan exclusivamente por medio de una fuerza mecánica* (apartado nº 37). Y, es que, el tribunal europeo resuelve esta petición, sobre todo, conforme el contexto y el espíritu del legislador, esto es, sus objetivos como es *garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos y garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable sea cual sea el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente, así como garantizar de esta forma la protección de las víctimas de accidentes causados por los vehículos automóviles, un objetivo, el de la protección de las víctimas, que ha sido perseguido y reforzado de modo constante por el legislador de la Unión* (apartado nº 39).

En conclusión, a los efectos de este estudio, la sentencia del TJUE señala que una bicicleta eléctrica no puede ser considerada vehículo a motor porque no utiliza exclusivamente el motor eléctrico, sino que éste actúa en la conducción como auxiliar y necesita del pedaleo del conductor para ser accionado y, por ende, se requiere la fuerza humana para poder mover la bicicleta: *no está comprendida en el concepto de «vehículo», a efectos de esa disposición, una bicicleta cuyo motor eléctrico únicamente presta asistencia al pedaleo y que dispone de una función que le permite acelerar sin pedalear hasta una velocidad de 20 km/h; función que, no obstante, solo puede activarse tras utilizar la fuerza muscular* (apartado nº 41).

## VI. CONCLUSIONES

La llegada a nuestra sociedad de nuevas máquinas utilizadas para transportar personas o cosas ha irrumpido velozmente en nuestra sociedad. Estos nuevos diseños permiten la movilidad de forma rápida, ágil y sencilla, a diferencia de los automóviles tradicionales. Por ello, y sobre todo en grandes ciudades, se ha popularizado el uso de la bicicleta eléctrica, además del patinete eléctrico. Así, el legislador ha tenido que adaptar nuestra legislación, nacional y europea, a las nuevas realidades sociales y de circulación para facilitar al ciudadano su movilidad.

La ley recoge las nuevas categorías de vehículos, distintas a las tradicionales, para poder conocer la naturaleza de éstos y dibujar sus requisitos para poder distinguirlos y diferenciarlos de otro tipo de vehículos y categorías. No obstante, como señala la sentencia del Pleno del TS de la sala 2º de lo penal citada, se necesita que tanto el legislador como la Administración clarifiquen algunos conceptos y categorías para evitar confusiones o dudas en la aplicación de la norma.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En definitiva, a efectos jurídicos, una bicicleta eléctrica es un vehículo utilizado para el transporte o movilidad, a dos o más ruedas y pedales, que utiliza necesariamente la fuerza humana para moverla mediante la energía que se imprime en sus pedales. Al tratarse de una bicicleta de tipo eléctrica, éstas incluyen un motor eléctrico que en ningún caso puede sustituir a la fuerza humana en los pedales para poder propulsarse. Este motor debe ser auxiliar en la conducción, es decir, secundario y no principal. Debe y puede ayudar al conductor en el pedaleo, pero nunca debe sustituirse, pues de hacerlo, si sería considerado vehículo a motor. No obstante, la legislación nacional y europea excluye de esta consideración, de manera expresa, a este tipo de vehículos. Ha sido el legislador el que deliberadamente ha excluido a estos vehículos en la categoría de motor. En mi opinión, si la bicicleta o cualquier otro apartado o máquina se desplaza exclusivamente - no principalmente ni accesoriamente – por la fuerza de un motor, éste siempre debe considerarse vehículo a motor, pues la fuerza humana no interviene. Ahora bien, como decimos, ha sido el legislador, hasta la fecha al menos y sin perjuicio de futuras reformas, el que ha excluido intencionadamente la bicicleta eléctrica como vehículo a motor.

De igual forma, el TJUE concluye en la interpretación de una directiva comunitaria que la definición de vehículo en el ordenamiento jurídico europeo excluye a la bicicleta eléctrica por los mismos motivos que hemos examinado, compartiendo así, el criterio jurisprudencial español y nuestra normativa interna.

## VII. ABREVIATURAS

Art.: artículo
BOE: Boletín Oficial del Estado (España)
DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea
DUE: Directiva de la Unión Europea o Directiva europea
Id.: Identificación
Núm.: número
Rec.: Recurso
Sec.: Sección
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS: Tribunal Supremo español
TSJ: Tribunal Superior de Justicia (de una comunidad autónoma en España)
UE: Unión Europea
VMP: vehículo de movilidad personal

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### Bibliografía digital

https://bewatt.com/es/blog/articulos/la-historia-de-la-bicicleta-electrica

https://dyubikes.com/es/the-surprising-history-of-electric-bikes-from-1800s-to-now/

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

https://elpais.com/economia/2017/11/09/actualidad/1510229512_964454.html?

https://www.servimedia.es/noticias/bici-electrica-da-primer-frenazo-historico-ventas espana/1411580068?

https://www.rtve.es/play/audios/por-tres-razones/tres-razones-llego-patinete-electrico-ahora/4806465/

https://www.cendoj.es

**Normas jurídicas**

Real Decreto legislativo 6/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Real Decreto 2822/1998, de 23 diciembre, que aprueba el reglamento general de vehículos.

Real Decreto 970/2020, de 10 noviembre, por el que se modifica el reglamento general de circulación, aprobado por el real decreto 1428/2003, de 21 noviembre y el reglamento general de vehículos, aprobado por el real decreto 2822/1998, de 23 diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico.

Reglamento europeo nº 168/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos.

DUE 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre de 2009, relativa al seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

**Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1º de lo civil nº 11/2011 de 3 febrero 2011 (Rec. 1294/2007 Id Cendoj: 28079110012011100099).

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo Sala 2º de lo penal nº 120/2022 de 10 febrero 2022 (Rec. 5421/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2º de lo penal nº 851/2023 de 22 noviembre 2023 (Rec. 5759/2021).

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2º de lo penal nº 517/2025 de 4 junio 2025 (Rec. 8014/2022).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo contencioso-administrativo (sec. 8º) nº 1003/2022 de 4 noviembre 2022 (Rec. 197/2022).

Sentencia del TJUE (sala 5º) de 12 octubre 2023, asunto C-286/2022, KBC Verzekeringen NV vs P&V Verzekeringen CVBA.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# DILIGENCIAS PRELIMINARES. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA Y FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA DILIGENCIA PRELIMINAR DE EXHIBICIÓN DE HISTORIA CLÍNICA Y SU ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*Fernando Clemente Piñana Batista*

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

**SUMARIO:** *I. Las diligencias preliminares. Concepto y naturaleza jurídica. II. Finalidad de las diligencias preliminares. III. Diligencia preliminar de exhibición de historia clínica. 1. Concepto de diligencia preliminar de exhibición de historia clínica. Análisis del Artículo 256.1.5 bis) LEC. 2. La historia clínica. IV. Análisis jurisprudencial. 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre diligencia preliminar de exhibición de historia clínica. 2. Jurisprudencia al respecto de las distintas Audiencias Provinciales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Las diligencias preliminares pueden definirse como una serie de actuaciones que se realizan antes del inicio de un proceso civil, mediante las cuales, una parte solicita a un órgano jurisdiccional distintas actuaciones que tienen como finalidad la preparación de un futuro proceso. Dichas actuaciones, tienen como propósito la obtención de datos, documentos u objetos que resultan imprescindibles para la preparación de la demanda, que, posteriormente, pretende interponerse. Así, las diligencias preliminares vienen a dar una solución aquellos casos en que los datos necesarios para la fundamentación de la demanda no pueden ser recabados de forma autónoma por el solicitante, sino que éste requiere auxilio del tribunal para poder obtenerlos, bien porque son de imposible consecución o porque se encuentran en poder de un tercero que se niega a entregarlos.

Como puede intuirse[1], en la práctica de las diligencias preliminares concurrirán, en todos los casos, dos partes. En primer lugar, el solicitante o sujeto activo, el cual será el que dirija al tribunal la petición de diligencias preliminares que tienen como objeto la preparación del futuro proceso, en el que, eventualmente podrá constituirse como demandante. Y, en segundo lugar, el requerido o sujeto pasivo, que será aquel al que le corresponderá exhibir u otorgar los datos, documentos u objetos que el sujeto activo haya solicitado en la diligencia preliminar, pudiéndose constituir en el futuro demandado. Sin embargo, aunque la naturaleza de las diligencias preliminares es la preparación de un futuro proceso, debe advertirse que la presentación de la solicitud no implica la incoación de éste, pues será una vez practicada la diligencia y aportados los datos objeto

[1] Ruíz de la Fuente, C. (2011) Las intimaciones judiciales en el proceso civil. (pp. 307-308) Barcelona: Ed. Atelier 3.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de esta cuando el solicitante tendrá que decidir si interpone o no la demanda. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que la naturaleza de las diligencias preliminares no es únicamente preparar el futuro proceso, sino que también es evitar la apertura de este, pues dependerá de las actuaciones y datos obtenidos durante el transcurso del procedimiento de diligencias preliminares cuando el solicitante decida sobre la posible presentación de la demanda. [2]En conclusión, las diligencias preliminares se configuran como unos actos preprocesales realizados por un sujeto activo que tienen como finalidad preparar o evitar un futuro proceso judicial, constituyéndose una institución procesal autónoma que encuentra su regulación en los artículos 256 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

## II. FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

En primer lugar, respecto a su finalidad, debe apuntarse que las diligencias preliminares se configuran como una institución procesal que tiene como objeto preparar un futuro proceso mediante la solicitud de diligencias a los Juzgados de Primera Instancia (en adelante, Tribunales de Instancia), para recabar datos que, sin el auxilio de éste, no podrían ser obtenidos por la parte que las solicita. Por el contrario, la anticipación de la prueba no tiene como objeto la preparación del proceso, sino la práctica anticipada de un determinado medio de prueba, el cual ya se encuentra en poder de la parte, por el temor de que ésta no se pueda practicar en el acto de juicio o vista. Por ello, la diferencia fundamental entre las diligencias preliminares y la prueba anticipada radica tanto en su fundamento como en su finalidad, pues las primeras responden a la obtención de una información, sin la cual no sería posible la presentación de la demanda, mientras que las segundas pretenden llevar a cabo la práctica de una prueba en un momento anterior al acto del juicio con la finalidad de que tenga plena validez y eficacia probatoria porque, si se esperase a éste, dicha prueba seguramente no se podría practicar.

De modo que, mientras el fundamento de las diligencias preliminares es la obtención de unos datos imprescindibles para la preparación del futuro proceso, mediante la actuación del tribunal, la fundamentación de la prueba anticipada se basa en asegurar la práctica de esta debido al riesgo de que pueda ser destruida y resulte imposible practicarla en la correspondiente fase procesal[3].

De igual forma, lo ha establecido la jurisprudencia al afirmar que: " no deben confundirse las diligencias preliminares con prueba anticipada ya que son dos figuras diferentes, las diligencias preliminares tienen por objeto preparar un juicio y la prueba anticipada persigue constatar un hecho necesario para la prosperabilidad de la pretensión, cuando exista un temer de que no puedan realizarse dentro del proceso, artículo 293 de la LEC, y siendo claro el matiz existente entre ambas figuras procesales, es mucho más la diferencia de estas dos

[2] Castrillo, R. (2018). La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares. (pp. 56) Barcelona: Bosch editor.
[3] De la Oliva Santos, A. "Curso derecho procesal civil II", op. cit. (p. 39) parte especial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

figuras con la carga probatoria del artículo 217 de la LEC, que se desenvuelve dentro del proceso; explicación que se hace en cuanto no se puede utilizar el mecanismo de las diligencias preliminares para una finalidad distinta." (AAP Valencia 6/2006, de 23 de enero de 2006.)

## III. DILIGENCIA PRELIMINAR DE EXHIBICIÓN DE HISTORIA CLÍNICA

### 1. Concepto de diligencia preliminar de exhibición de historia clínica. Análisis del Artículo 256.1.5 bis) LEC

*5.º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley.*

La exhibición y entrega de historia clínica se encuentra prevista en el artículo 256.1.5 bis LEC, como una diligencia preliminar que tiene como objeto la "petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley". Dicha diligencia preliminar no estaba incluida en la redacción originaria de la LEC del año 2000, sino que esta fue introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

### 2. La historia clínica

#### a) Concepto

La historia clínica es la herramienta que cumple con esta función, testimoniando la relación sanitario paciente, pues ha de contener todas las actuaciones sanitarias realizadas con el paciente, los datos relativos a su salud, No en vano su principal finalidad es la de garantizar la asistencia sanitaria[4], a la que se suma su utilidad en docencia, investigación, calidad asistencial, salud pública e incluso para posibles fines judiciales, conservándose más allá del plazo del último proceso de alta del paciente. La norma estatal que ha regulado con mayor detalle la historia clínica ha sido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica (LBAP), que contiene no sólo datos de naturaleza sanitaria (enfermedades, tratamientos, diagnósticos, resultados de exploraciones o pruebas), sino que en su estructura conviven datos de naturaleza jurídica (como número de afiliación a la Seguridad Social o la condición en que se demanda la asistencia sanitaria) o psicosocial. Comprende juicios, opiniones o valoraciones de los profesionales sanitarios que la confeccionan, así como información que éstos obtienen del paciente, sus familiares o allegados, etc. Incluye, además, otros documentos que reflejan la

[4] El valor probatorio de la historia clínica como documento público. Ángel García Millán, Comité de ética asistencial Área de salud de Castilla-La Mancha.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

voluntad del paciente, tales como los consentimientos informados, el deseo de no someterse a un tratamiento, o la decisión de no ser informado, entre otros.

**b) Los informes clínicos**

Podemos encontrar[5], en el concepto de informe clínico, los siguientes elementos caracterizadores y diferenciadores, por otra parte, de otro concepto próximo, pero netamente distinto, el de informe pericial.

1. **Elemento subjetivo:** Se refiere al profesional emisor del informe. Es el sujeto que expresa su análisis, valoración y criterio respecto de la asistencia. Aun cuando el informe clínico sea emitido por el centro sanitario en el que se ha dispensado dicha asistencia, es imprescindible la identificación de quien lo suscribe como profesional sanitario responsable de su contenido. A diferencia del informe pericial, el autor del informe clínico es quien dispensó la asistencia o el responsable del equipo asistencial. En el informe clínico la actuación del profesional es asistencial, mientras que la del perito tiene naturaleza analítica de la asistencia dispensada.
2. **Elemento objetivo:** Se trata del contenido de la información, que ha de atender al aspecto salud de las personas, pero bajo puntos de vista extremadamente amplios, como historia de salud, diagnósticos, tratamientos, pronósticos etc. También se diferencia el informe clínico del informe pericial por su contenido, pues el primero se contrae al relato de la asistencia llevada a cabo, mientras que en el segundo se ciñe a la pericia misma, la valoración del perito emisor.
3. **Elemento finalista:** Se dirige el informe clínico a ilustrar, al propio paciente o a otros profesionales que accedan al contenido de aquel, sobre el estado de salud de una persona y sobre las acciones asistenciales realizadas a aquella, por quienes se llevaron a cabo y en qué circunstancias.
4. **Elemento temporal:** El informe clínico es, normalmente, anterior al proceso, el informe pericial suele ser emitido durante el transcurso del procedimiento judicial. La relación clínica es anterior al proceso, mientras que la del perito con el tribunal surge, precisamente, con motivo del proceso. Esta diferencia trae consigo que el autor del informe clínico puede comparecer como testigo – perito, pero no como perito, en sentido propio.

**c) La historia clínica y su aportación al proceso**

Su confección es responsabilidad de los profesionales que intervienen en el proceso asistencial, como lo recuerda la profusa regulación existente. El artículo 2.6 de la LBAP establece que «todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino a

[5] *La historia clínica y su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio*. Juan Siso Martín, Profesor honorario Universidad Rey Juan Carlos, Facultad de Ciencias de La Salud, Curso "*Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica*". Comunicación para fiscales en el centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica», obligación a la cual también se hace referencia en los artículos 15.3 y 17.3. Por su parte, el código de deontología médica reconoce que el médico tiene el deber y el derecho de redactarla. Esta labor recopilatoria del proceso asistencial es realizada de primera mano por los intervinientes directos, dotándola de este modo de especial relevancia también para estructurar la demanda o defensa en un procedimiento judicial.

Lo habitual es que se reclame la historia clínica completa, aunque, siguiendo un lógico criterio de eficiencia y al amparo del principio de protección de los datos de carácter personal, nada impide que el responsable de su custodia pida que se concreten cuáles son los datos que se precisan. Ahora bien, lo que no puede admitirse es que junto con la historia clínica se acompañe un informe explicativo en la medida que la Ley sólo da derecho al acceso a la historia clínica y, por otra parte, porque a través del informe explicativo se podría buscar un sucedáneo de prueba pericial y de reconocimiento de hechos desfavorables, y las medidas de exhibición no están previstas para esas otras rentabilidades adicionales (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, Auto núm. 56/2005 de 3 marzo, JUR 2005\108748). El valor de la historia clínica como prueba también viene dado por la aplicación de lo previsto en el artículo 217.7 de la LEC, que respecto a la carga de la prueba establece que « („) el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», lo que ha venido a denominarse como la distribución dinámica de la carga de la prueba, consistente en que se obliga a aportar cada una de las pruebas a quien pueda acceder a ellas de manera más eficiente, esto es, a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Son numerosos los pronunciamientos en este sentido. El Tribunal Supremo Sala de lo Civil, en sentencia de la sala de 22 de mayo de 1998, recurso de casación número 971/1994 (RJ 1998\3991), se pronunció entendiendo que «corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo ocurrido, según las máximas de experiencia». El mismo Tribunal también sostiene que «la inversión de la carga de la prueba se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos que sólo ella podría aportar como, por ejemplo, la historia clínica» (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 2 de enero de 2012, RJ 2012\315).

### d) Valor procesal como instrumento de prueba

La utilización[6] de informes clínicos en el proceso tiene la consideración de fuente de prueba documental y queda por tanto sometida al régimen dispuesto en las distintas leyes de procedimiento para la prueba de

[6] Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos. Ignacio Flores Prada. Profesor

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

documentos. Debe además advertirse que el informe clínico no tiene la consideración jurídico-procesal de un documento público, y ello con independencia de que haya sido elaborada en el marco de la asistencia sanitaria privada o dentro de los servicios públicos del Sistema Nacional de Salud. Así se señala por la jurisprudencia del TS, que excluye su calificación como documento público y también, aunque con argumentos ciertamente discutibles, su consideración como documentos oficiales o administrativos. Excluida para la historia clínica la condición de documento público, con todos los efectos probatorios que ello conlleva en el proceso, quedan únicamente dos opciones: o calificarla de documento privado, o de documento oficial administrativo.

Si tomamos como base la noción jurídica de documento oficial, conforme a la cual los documentos oficiales son aquellos documentos administrativos públicos que carecen de alguna o algunas de las características previstas en la Ley para que pueda ser calificado como público stricto sensu (documento no intervenido por fedatario, que carece de las formas o solemnidades requeridas por la Ley, o que ha sido expedido por funcionario fuera del ámbito de su competencia), parece razonable encuadrar la información clínica gestionada por el Sistema Nacional de Salud en la categoría de los documentos oficiales administrativos. Una categoría que acoge documentos que no son estrictamente privados, pero tampoco son públicos, de ahí que su fuerza probatoria sea mayor que la de un documento privado, pero menor que la de un documento público.

Conforme a lo previsto en el art. 319.2 LEC, «la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

De lo dicho cabe entender que para cuestionar la veracidad de un documento oficial o administrativo es necesario elevar el estándar de contradicción (en relación con el exigido para el documento privado), de modo que los indicios y elementos que induzcan a pensar en la falsedad del documento oficial deben ser determinantes, consistentes, plurales, suficientes y plenamente acreditados en el proceso. A diferencia de lo que sucede con los documentos privados, en los que, cuestionada su autenticidad, debe el Juez valorar su fuerza probatoria conforme a las reglas de la sana crítica sin otra consideración, en el caso de los documentos oficiales, la duda sobre su autenticidad debe ser fundada y sólida, suficiente para vencer esa inicial "presunción de veracidad", de la que carecen los documentos privados. En el ámbito del proceso penal, aún con más claridad que en el civil, se señala la especial naturaleza de los documentos oficiales como categoría intermedia entre los propiamente públicos y los privados, y la singular fuerza probatoria de los mismos. En el caso de los informes clínicos generados en los centros o consultas médicas privadas, la opción no puede ser otra que

de Derecho Procesal. Universidad de Olavide de Sevilla. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 Artículos RECPC 15-17 (2013).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

calificarlos como documentos privados. Según dispone el art. 326 LEC, los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por las partes a quien perjudique. Si el documento resulta impugnado y de la impugnación resulta la autenticidad de este, hace prueba plena. Si de la impugnación no puede deducirse su autenticidad, se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

**e) Aportación de oficio o a instancia de parte**

**1. Aportación de oficio**

Tanto en los procesos penales, como en los civiles de objeto indisponible y en los contencioso-administrativos, el juez está facultado para ordenar la aportación al proceso de cualquier fuente de prueba y para acordar la práctica de los medios de prueba que considere pertinentes para la correcta solución del conflicto[7]. En relación con la historia y la información clínica, esta facultad se contempla expresamente en el art. 16 de la Ley 41/2002, en el que se prevé el acceso judicial a la información clínica, remitiendo en el régimen de acceso a lo previsto en las leyes 14/1986, General de Sanidad, y en la orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales

En los procesos civiles de objeto indisponible, así como en los contenciosos administrativos, el juez o tribunal podrá acordar de oficio la incorporación de los informes clínicos a las actuaciones (arts. 752.1 LEC y 61 LJCA), garantizando en todo caso el principio de contradicción, de modo que las partes puedan examinar los informes, proponer las pruebas que consideren pertinentes sobre su contenido, o cuestionar su autenticidad[8]. La posibilidad de alegar el secreto médico frente a la orden judicial de aportación en este tipo de procesos se examinará más adelante. En relación con la reserva que el centro o profesional puede oponer conforme al artículo 16 de la Ley 41/2002, en el sentido de excluir de la información clínica proporcionada a requerimiento del paciente o de terceros, puede sostenerse que tal reserva no opera ante el requerimiento judicial, o más precisamente, ante el requerimiento judicial de remisión completa del informe o de la historia clínica.

**2. Aportación a instancia de parte**

Todas las partes intervinientes en cualquiera de los procesos previstos por las leyes de enjuiciamiento podrán solicitar del juez o tribunal la incorporación al proceso de los informes clínicos cuya existencia conozcan o

[7] La obligación general de administraciones y ciudadanos de colaborar con las actuaciones judiciales, concretada en este caso en el deber de entrega de la información clínica solicitada judicialmente, se refleja en lo previsto, de modo específico ene l art. 16.1 de la Ley 41/2002, concordante con el art. 11.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos; con arreglo a este precepto, el consentimiento del titular no es requisito preceptivo para la cesión de los datos cuando el requerimiento provenga de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal en el cumplimiento de sus funciones.

[8] En ocasiones, ha señalado la jurisprudencia, no es imprescindible a efectos probatorios la aportación de la historia clínica. Cuando no se dispone de ella resulta posible acreditar los pormenores de determinados actos sanitarios a través de otras vías documentales, como informes de alta, las observaciones de enfermería, o los resultados de determinadas pruebas (STS de 23 de octubre de 2007)

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

intuyan, y que resulten pertinentes y útiles a fin de demostrar las alegaciones fácticas contenidas en los respectivos escritos de pretensiones.

Las normas que rigen la prueba documental en la nueva LEC, supletoria como se sabe de las demás leyes de enjuiciamiento, establecen el deber de exhibición documental entre las partes, así como los efectos que se derivan de la negativa, que pueden ir desde la concesión de valor probatorio a la copia o contenido aproximado del documento exhibido o descrito por la parte solicitante, hasta el requerimiento judicial para la incorporación de dicho documento al proceso (arts. 328 y 329 LEC). Cuando el documento esté en manos de un tercero y el tribunal considere procedente su aportación al proceso, se oirá previamente al tercero (art. 18 Ley 41/2002) y, si el tribunal ratifica la necesidad de la incorporación del documento a las actuaciones, se ordenará su aportación, bien a través de su remisión a la sede del tribunal, bien mediante el oportuno testimonio por el Secretario Judicial.

Para las Administraciones Públicas y Entidades de Derecho Público rige la obligación de exhibir documentos que obren en sus dependencias y archivos, así como a expedir las correspondientes certificaciones y testimonios, salvo que se trate de documentos clasificados como de carácter reservado o secreto (art. 332 LEC), en cuyo caso se comunicará tal circunstancia al tribunal, quien resolverá en última instancia sobre la procedencia de aportar dicho documento al proceso.

Cuando se trate de documentación que no incorpore predominantemente textos escritos, adjuntando fotografías, gráficos, planos o imágenes en general, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga copia a presencia del Secretario Judicial, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original (art. 333 LEC). La importancia del acceso en el proceso a los informes clínicos a instancia de parte ha tenido un reflejo específico en la reforma de la LEC introducida por la Ley 19/2006, de 5 de junio, a través de la cual se ha introducido en el art. 256.1 un nuevo supuesto de diligencia preliminar, de acuerdo con el cual, todo juicio puede prepararse: «Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley». De este modo, la parte que se proponga interponer una demanda, y necesite la información contenida en la historia clínica para preparar adecuadamente su escrito inicial, podrá solicitar el acceso a la misma con el auxilio judicial, debiendo valorar el juez la suficiencia de la motivación aducida por la parte, y los demás derechos en juego.

### 3. Conflicto con otros derechos protegidos

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define en el artículo 16.3 que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

El artículo 17 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial y el artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal imponen a las personas y entidades la obligación de prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto, permitiendo (la Ley Orgánica 15/1999) la cesión del dato personal a los jueces y tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas sin el consentimiento de las personas afectadas.

La doctrina ha emitido diferentes pareceres para el acceso a la historia clínica por motivos judiciales que, según el tipo de proceso, entrarían en colisión con el delito o falta de desobediencia.

En las causas penales se enfrentan dos principios difíciles de conciliar. Por un lado, el deber-derecho al secreto profesional (globalmente recogido en el artículo 18 de la Constitución) y, por otro, el deber de prestar colaboración a los jueces y tribunales (artículo 118 de la Constitución, artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que nos obliga a entregar la información para no incurrir en desobediencia.

En los procesos civiles la situación parece más clara ya que, a diferencia del proceso penal, no se halla en juego el interés público. No parece tener mucho sentido proporcionar toda la historia clínica en un caso en el que el juez ha de resolver, por ejemplo, sobre la responsabilidad en un accidente: lo adecuado es proporcionar la información específica para ese caso.

En los casos en los que la historia clínica se requiere como cuerpo del delito, por ejemplo, cuando se está investigando la falsificación de una historia clínica, sería inexcusable la remisión del original cuando sea solicitado por el juez (artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por otra parte, la entrega de información y de la historia clínica por requerimiento judicial debe contar con la obligación de sigilo, trasladándose al ámbito de la Administración de Justicia las eventuales responsabilidades por negligencia en la defensa de la confidencialidad. El artículo 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

documentación clínica establece que el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

## IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

### 1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre diligencia preliminar de exhibición de historia clínica

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su **Sentencia núm. 531/1998 de 5 junio (RJ 1998\4275)** analiza el pago de indemnización por incorrecta operación de ligadura de trompas y que posteriormente quedó embarazada.

Se reclamó a facultativos especialistas del Servicio de Ginecología del Hospital Provincial de Zamora el pago de indemnización, siendo la «causa petendi» una incorrecta operación de ligadura de trompas a la reclamante para evitar la concepción y que posteriormente quedó embarazada, dando a luz a dos niñas gemelas. El Juzgado de 1ª Instancia estimó la demanda condenando a un facultativo a abonar indemnización y absolvió al resto de los demandados. En grado de apelación, la Audiencia confirmó esa absolución, y revocó la condena impuesta al único facultativo condenado. Ya en fase de casación, el Tribunal Supremo critica el fallo de la Audiencia, pues pese a la existencia de varias pruebas (historia clínica de la recurrente, otras pruebas documentales, de confesión y pericial), se apoyó en los datos contenidos en el historial clínico a los que consideró como hechos probados. Sin embargo, el Tribunal Supremo echa en falta el análisis previo de los datos para conformar la valoración conjunta de la prueba, lo que causa indefensión a la recurrente, pues «no puede comprobar qué norma valoratoria de cada una de las pruebas según su naturaleza se ha seguido, o dejado de seguir, en esa labor». Ello motiva que el Tribunal señalase que «el error de la Audiencia ha sido estimar como intocable lo que se dice en la historia clínica, como hechos probados, sin apercibirse que tal historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, confrontado con los demás medios probatorios. No haciéndolo, o si se ha hecho no se manifiesta cómo lo ha sido, queda la historia clínica como verdad irrefutable, lo que no puede admitirse».

### 2. Jurisprudencia al respecto de las distintas Audiencias Provinciales

#### a) Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 24 de mayo de 2021 RES:94/2021 REC:780/2020 [TOL8.683.995]

Para resolver la cuestión planteada, cumple traer aquí el A AP Madrid 147/2009, de 30 de junio, FJ 4º, que en un supuesto similar al ahora planteado, establece la siguiente interpretación: "El artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece el derecho de todo paciente a acceder a la documentación de su historia clínica, así como a obtener copia de los datos que figuran en ella; el citado texto legal establece, además, en su artículo 1, que "La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica". Como vemos, el citado texto legal comprende cualquier centro o servicio sanitario, tanto públicos como privados; tampoco el apartado 5º bis del artículo 256-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece distinción alguna respecto al carácter de los centros u hospitales donde se custodie la historia clínica del reclamante. En consecuencia, el reclamante en esta litis tiene derecho a conocer el contenido de la información obrante en la historia clínica que del mismo obra en los archivos del Hospital que le ha prestado asistencia y donde ha sido intervenido en diversas ocasiones y aún sigue recibiendo tratamientos; en este momento, el reclamante no puede conocer si en base al contenido de la misma puede formular algún tipo de reclamación contra el centro hospitalario donde se han llevado a cabo los tratamientos, contra los médicos y personal sanitario que le ha atendido o contra la entidad aseguradora que cubra, en su caso, la responsabilidad del centro o de los profesionales que le han prestado asistencia, todo dependerá del examen del contenido de tales archivos.» Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2022, RES:240/2022 REC:961/2021 [TOL9.459.889] «[...] se alza en apelación conforme al art. 258.2.i. f.LECivil contra la resolución denegatoria de la diligencia preliminar que instó con invocación del art. 256.1.5ª bis LECivil, introducido por la Disposición Final 3ª de la Ley 19/2006, de 5 de junio , por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, y según el cual: " Todo juicio podrá prepararse: 5.º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley." En concreto el solicitante postuló la exhibición y entrega de las historias clínicas [...].

**b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2022, RES:240/2022 REC:961/2021 [TOL9.459.889]**

[...] Se alza en apelación conforme al art. 258.2.i. f LECivil contra la resolución denegatoria de la diligencia preliminar que instó con invocación del art. 256.1.5ª bis LECivil, introducido por la Disposición Final 3ª de la Ley 19/2006, de 5 de junio , por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, y según el cual: " Todo juicio podrá prepararse: 5.º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley." En concreto el solicitante postuló la exhibición y entrega de las historias clínicas [...].

La solicitud de una historia clínica tiene encaje en la relación taxativa de diligencias preliminares que recoge el art. 256.1 LEC, en concreto en su apartado 5 bis ("Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley"). 3.- En el presente supuesto debe estimarse que resulta justificada en el sentido exigido por el art. 258.1 LEC ("Si el tribunal

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

apreciare que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de diligencias realizada, si no considerase que éstas resultan justificadas. La solicitud deberá resolverse en los cinco días siguientes a su presentación"). No puede negarse que si se trata de impugnar un testamento sobre la base de una demencia senil del testador la historia clínica puede arrojar la debida luz sobre su presencia y, por extensión, encauzar la preparación del futuro litigio, determinando incluso el propio hecho de su existencia. De igual forma acontece si se trata de demostrar el incumplimiento de una condición puesta a la institución de heredero por causas relacionadas con un accidente que por dar lugar a una intervención médica o asistencia sanitaria debe constar en la historia clínica. En relación directa e inmediata con estos hechos en los que se fundamenta la solicitud surge la necesidad de impetrar el auxilio judicial para obtener dicha documentación, atendido el fallecimiento del paciente al que se refiere la historia clínica [...].

**c) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 10 de abril de 2023, RES:157/2023 REC:1916/2022 [TOL9.809.426]**

[...] Se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 256.1,5 bis. Aportada la historia clínica, además de la póliza de seguros, y archivado el procedimiento, la parte solicitante insta la aportación de fotografías que dice se tomaron, según consta en el historial y grabación de la operación para un curso, alegando que había accedido a la misma con rebaja del precio de la intervención. Es unánime la doctrina al considerar que los supuestos regulados en el artículo 256 han de calificarse como "numerus clausus", es decir, sólo pueden solicitarse aquellas que se incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse la que no esté contemplada expresamente, aunque ello no impide que se deba realizar una interpretación flexible de los supuestos que la citada norma sí prevé.

Se solicita como diligencia preliminar que por un Hospital se exhiba la historia clínica de un fallecido. La solicitud se formula para preparar una demanda de impugnación de testamento por incapacidad del testador por demencia senil. El solicitante es un heredero designado en un testamento anterior al que se impugna. La AP revoca el auto del jugado de instancia y estima la solicitud.

El fundamento de ello se encuentra en la necesidad de la seguridad jurídica evitando que se puedan interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los que se han tenido en cuenta por el legislador, conclusión a la que se llega con fundamento en los términos que emplea la citada norma y que expresamente señala la Exposición de Motivos cuando declara: "Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios". La Audiencia Provincial de Barcelona Sección 19, en auto de fecha 26 de octubre de 2020 mantiene "La finalidad de las diligencias preliminares reguladas en los arts. 256 y ss. LEC, es la preparación de un futuro proceso despejando las dudas que podrían comprometer el adecuado planteamiento o su propia utilidad o éxito. Como indicaba la STS de 3 de diciembre de 2002, pueden considerarse las diligencias preliminares como "el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia".

## V. CONCLUSIONES

La historia clínica es una prueba documental que en la práctica cobra una especial relevancia, pues es el relejo de la actividad asistencial, de suerte que es un instrumento que permite establecer la estructura de las posiciones de las partes en los litigios por responsabilidad profesional derivada de asistencia sanitaria.

La historia clínica elaborada en el ámbito de las instituciones sanitarias vinculadas al Sistema Nacional de Salud no se encuentra entre los documentos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los que atribuye la naturaleza de documentos públicos. A pesar de que la jurisprudencia viene señalando que la veracidad intrínseca de un documento público puede ser desvirtuada por otro medio de prueba, no es menos cierto que siguen gozando de cierto peso a la hora de acreditar la realidad recogida por aquél en virtud de lo establecido en el artículo 319.1 LEC y 1.218 CC, lo que no impide al juez tener en cuenta la realidad acredita en cada uno de estos documentos.

No obstante, la historia clínica sí que puede ser considerada como documento administrativo u oficial, al que los tribunales reconocen una presunción de veracidad no absoluta, pues puede desvirtuarse por otros medios de prueba y la valoración conjunta de la prueba por parte del juzgador. Así, lo que consta en este conjunto documental, se presume realizado, lo que obliga a quien así no lo considere, a llevar a cabo el esfuerzo de recabar elementos probatorios que lo desvirtúen.

Por tanto, una historia clínica completa, no alterada ni falsificada, es considerada por los jueces como verídica, siendo en muchas ocasiones base importante en la que fundar las decisiones en materia de responsabilidad profesional.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 531/1998 de 5 junio (RJ 1998\4275)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 24 de mayo de 2021 RES:94/2021 REC:780/2020 [TOL8.683.995]

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2022, RES:240/2022 REC:961/2021 [TOL9.459.889]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 10 de abril de 2023, RES:157/2023 REC:1916/2022 [TOL9.809.426]

Ruíz de la Fuente, C. (2011) Las intimaciones judiciales en el proceso civil. Barcelona: Ed. Atelier 3.

Castrillo, R. (2018). La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares. Barcelona: Bosch editor.

De la Oliva Santos, A. "Curso derecho procesal civil II", parte especial.

Gutiérrez Barrenengoa, A., & Monje Balmaseda, Ó. (2008). La diligencia preliminar de petición de la historia clínica. In S. Adroher Biosca, F. de Montalvo Jääskeläinen, M. Corripio Gil-Delgado & A. Veiga Copo, Los avances del derecho ante los avances de la medicina. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

El valor probatorio de la historia clínica como documento público. Ángel García Millán, Comité de ética asistencial Área de salud de Castilla-La Mancha.

La historia clínica y su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio. Juan Siso Martín, Profesor honorario Universidad Rey Juan Carlos, Facultad de Ciencias de La Salud, Curso: Responsabilidad sanitaria y la nueva configuración legal de la imprudencia médica. Comunicación para fiscales en el centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos. Ignacio Flores Prada. Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Olavide de Sevilla. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 Artículos RECPC 15-17 (2013).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# ANÁLISIS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

*Lourdes Cuadrado Durán*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Concepto. III. Instauración de la pensión compensatoria. IV. Requisitos. V. Cuantía. VI. Temporalidad y evolución jurisprudencial. VII. Extinción. Causas. VIII. Modificación. IX. La pensión compensatoria en casos de unión no matrimonial. X. Conclusiones. XI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

La sociedad ha evolucionado mucho, y más si nos fijamos en el derecho de familia. Las nuevas realidades sociales, así como los cambios en las estructuras familiares, requieren cambios legislativos que se adapten rápidamente a las nuevas situaciones. Dentro de este contexto, nos encontramos con la pensión compensatoria, la cual demuestra un claro reflejo de esta evolución. Se trata de una de las figuras más controvertidas del derecho civil.

La pensión compensatoria es un derecho del que disponen los cónyuges cuando se produce su divorcio o separación, cuyo objetivo es compensar el desequilibrio económico que éste puede producir. Si hace años era inconcebible la separación de una pareja, menos lo era pensar en una prestación económica que regulase circunstancias posteriores, no obstante, una vez aceptada la disolución del vínculo matrimonial, se instauró la pensión compensatoria como mecanismo para evitar las desigualdades estructurales que puede generar la ruptura.

En el derecho de familia, la pensión compensatoria no se establece de forma obligatoria o automática, como si sucede con otras prestaciones económicas, el divorcio o la separación no generan por sí mismos el derecho a la percepción de la pensión compensatoria, sino que queda condicionado a que este hecho produzca un desequilibrio económico entre los cónyuges y al criterio de su Señoría en base a una serie de circunstancias. Habrá de tenerse en cuenta no solo la desigualdad económica o diferencia de ingresos de los cónyuges tras el cese de la convivencia, sino que este hecho se produzca durante el transcurso del matrimonio, es decir, que siempre se ha de producir un empeoramiento de la situación anterior de uno de los cónyuges durante el matrimonio. La pensión compensatoria tan solo se puede conceder a los cónyuges tras la separación o el divorcio pues nos hallamos en presencia de una institución específicamente matrimonial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ha habido una gran evolución jurisprudencial en materia de la pensión compensatoria, que ha ido estableciendo consolidados criterios sobre los requisitos, cuantificación y duración de esta prestación, que vamos a analizar en los siguientes puntos.

## II. CONCEPTO

La pensión compensatoria es un derecho de contenido económico que puede reconocerse a uno de los cónyuges cuando la separación o el divorcio le ocasione un desequilibrio económico que le suponga un empeoramiento respecto de su situación anterior en el matrimonio, sin que opere de forma automática. La RAE define la pensión compensatoria como la "compensación a la que legalmente tiene derecho el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio".

El objetivo de la pensión compensatoria no es igualar los patrimonios de ambos cónyuges tras la ruptura matrimonial, sino compensar el desequilibrio a quien resulte más perjudicado. El cónyuge obligado al pago será el que tenga una situación económica superior al otro.

Viene regulada en el art. 97 del CC[1]: *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*
*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*
*1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
*2.ª La edad y el estado de salud.*
*3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
*4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
*5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
*6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
*7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
*8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*
*En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.*

[1] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La pensión compensatoria puede establecerse de común acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador o, en caso de falta de acuerdo, ser determinada por el Juez en el proceso judicial de separación o divorcio. En este último caso, tiene que ser solicitada por la parte que se sienta perjudicada en el inicio del procedimiento de divorcio, no pudiéndose establecer de oficio. Si la parte interesada no pide la pensión compensatoria en el juicio de divorcio, pierde el derecho a ella, pues es la propia separación o el divorcio lo que produce el desequilibrio que justifica esta prestación.

Para que el Juez pueda determinar si decreta o no la pensión compensatoria a la parte que lo solicita, tendrá en cuenta las circunstancias fijadas en el art. 97 CC, que ya hemos referenciado. De esta forma, se cumple el objetivo para el que esta pensión fue creada.

La pensión compensatoria no se trata de una indemnización tras el divorcio, ni tiene carácter de pensión alimentos, tampoco busca igualar la situación económica de ambos cónyuges, sino que su finalidad es compensar el desequilibrio económico que se produce tras la separación o divorcio de los cónyuges. Si tras la ruptura, ambos cónyuges tienen una situación económica similar o el perjuicio económico sufrido por ambos es parecido, no procederá decretar pensión compensatoria alguna.

Un concepto que no debemos confundir con la pensión compensatoria es la indemnización compensatoria, la cual viene regulada en el art. 1.438 CC: "*El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*.". Se trata de prestaciones distintas, cuya finalidad también lo es, siendo totalmente compatibles, pues ambas se pueden percibir si se cumplen los requisitos establecidos.

## III. INSTAURACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria viene unida, como hemos explicado, a la ruptura del vínculo matrimonial. Este derecho a disolver el matrimonio no existió en España hasta el año 1981, mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta reforma, en la que se introduce el actual concepto de divorcio, supone una ruptura del modelo matrimonial anterior, tratando de regular los cambios acaecidos en la sociedad.

Si bien es cierto que en la II República es cuando se instaura por primera vez el divorcio, con la aprobación de la Constitución de 1.931, promulgándose la Ley del Divorcio de fecha 2 de marzo de 1.932, que abre la posibilidad de disolver el matrimonio. Pero esta situación no duraría mucho, pues en el año 1938, durante la Guerra Civil, se suspendió dicha ley, quedando completamente derogada en el año 1.939.

Con anterioridad a la reforma de 1.981, las crisis de pareja carecían de un cauce resolutorio que contemplase la quiebra del vínculo con efectos extintivos y, por ende, no existía una previsión legal para paliar los

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

desequilibrios económicos derivados de la ruptura. La instauración de la pensión compensatoria respondió a la necesidad social de proteger al cónyuge económicamente más vulnerable - mayoritariamente la mujer en aquella época -, cuya dedicación exclusiva a la familia y al cuidado del hogar se traducía en una pérdida de oportunidades laborales y en una falta de inserción en el mercado de trabajo. La Ley 30/1981 configuró este remedio como un mecanismo de reequilibrio objetivo en una sociedad que entonces era muy conservadora, en el que imperaba un modelo de familia en el que la mujer se dedicaba a las tareas del hogar y el marido trabajaba fuera de casa.

Con esta Ley, el divorcio se implantó de forma muy cautelosa, regulado en el art. 86 de la referida ley, establecía que al menos tenía que transcurrir un año desde la celebración del matrimonio, y que previamente se debía haber decretado la separación legal. Tan solo se podía acceder directamente al divorcio si existía una condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Asimismo, existían unas causas de separación, que venían reguladas en el art. 82 CC, tales como abandono injustificado de hogar, infidelidad, violación grave de los deberes conyugales o respecto de los hijos, condena a pena de privación de libertad superior a seis años, el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, o el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido.

No obstante, la situación social actual es completamente distinta, se ha producido un cambio radical en los modelos de familia, dejando atrás el arquetipo conservador. Con la incorporación de las mujeres al mundo laboral y el cambio en la concepción del matrimonio, ya no tiene por qué ser considerado una institución duradera, pudiendo ser también transitoria, la regulación de las crisis matrimoniales precisó una modificación que se adaptara a los modelos actuales. Por esta razón, en el año 2005 se produce una gran modificación en la legislación de familia mediante 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, conocida como la "Ley del divorcio exprés".

Con esta modificación, se puede solicitar el divorcio directamente, sin necesidad de tramitar antes la separación legal del matrimonio, una vez transcurridos 3 meses desde la celebración de este, sin que medie causa alguna y a petición de uno de los cónyuges. Estos cambios son realmente importantes pues se adaptan a las necesidades sociales del momento.

Junto con estas modificaciones en el divorcio, también se reguló la pensión compensatoria, acompañando así a las desigualdades económicas que se generaban con la ruptura matrimonial. Esta se regulaba en el art. 97 de la Ley 30/1981, el cual recogía que el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta una serie de circunstancias muy similares a las actuales.

El legislador del 81 fija la pensión compensatoria como un derecho subjetivo renunciable, pues no cabe su concesión de oficio por el juzgador, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 estableció

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que la pensión compensatoria está regida por el principio de justicia rogada, requiriendo petición expresa del cónyuge afectado en su demanda o reconvención.

En este concepto inicial, la pensión compensatoria se instauró con un carácter marcadamente vitalicio, supeditada únicamente a las causas de extinción legalmente tasadas. Sin embargo, la realidad sociolaboral obligó al Tribunal Supremo a modular esta rigidez antes incluso de que lo hiciera el legislador. La jurisprudencia comenzó a admitir la fijación de pensiones compensatorias sometidas a un término por razones de equidad. La Sentencia del TS 43/2005, de 10 de febrero de 2005, unificó doctrina en este sentido, validando la temporalidad cuando exista una expectativa real y previsible de superación del desequilibrio económico mediante el acceso al empleo o la reorganización patrimonial del beneficiario. La Ley 15/2005 modificó el régimen de la pensión compensatoria, modernizándola, introduciendo la posibilidad su temporalidad o incluso que se pueda establecer en un pago único, adaptando la norma a la sociedad contemporánea, donde prima la capacidad de autoabastecimiento.

## IV. REQUISITOS

La pensión compensatoria no posee una naturaleza indemnizatoria ni alimenticia, sino que trata de compensar el desequilibrio económico que puede surgir tras la separación o el divorcio. Su finalidad primordial consiste en restituir, en la medida de lo posible, el empeoramiento de la situación económica que la disolución del vínculo matrimonial (ya sea por separación o divorcio) ocasiona a uno de los cónyuges en relación con la posición del otro y con el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio.

Para que se conceda la pensión compensatoria, el art. 97 CC exige que la separación o el divorcio provoque en uno de los cónyuges, respecto de la posición del otro, un desequilibrio económico, que implique además un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio. Este desequilibrio se ha de producir en el momento de la ruptura (divorcio o separación) y se puede confirmar confrontando las condiciones económicas de ambos y la situación anterior y posterior a la ruptura. El Tribunal Supremo ha establecido de forma unánime que este desequilibrio debe concurrir en el momento de la quiebra de la convivencia, no es admisible una reclamación fundamentada en desequilibrios sobrevenidos por circunstancias ajenas a la vida matrimonial.

Por tanto, los requisitos establecidos en el art. 97 CC necesarios para que se conceda el derecho a la pensión compensatoria son que el desequilibrio económico se produzca con la separación o el divorcio respecto a la situación que se tenía en el matrimonio, y que se solicite en el momento procesal oportuno. Los cónyuges son los únicos que pueden solicitar la pensión compensatoria, debiendo acreditar de forma fehaciente que el desequilibrio se ha producido. En caso de que el solicitante de esta sea el demandante en el procedimiento de separación o divorcio, no podrá hacerlo tras la interposición de la demanda. Si, por el contrario, quien pretende la pensión es el demandado en la demanda de divorcio o separación, éste deberá contestar a la misma y formular la correspondiente reconvención a continuación de la contestación a la demanda solicitándola, tal y

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

como se regula en el art. 770.2ª.d) LEC[2], pues de no ser así, se dejará sin efecto la pretensión. En este sentido, debemos mencionar la STS 696/2025 de 6 de mayo (Recurso 8468/2024) que declara que no es posible solicitar en la contestación a la demanda de divorcio una pensión compensatoria sin formular reconvención expresa pues el tribunal no puede pronunciarse de oficio.

La pensión compensatoria no se obtiene solo porque una de las partes no disponga de los medios suficientes para subsistir, únicamente con que por la persona desfavorecida por la ruptura se acredite un empeoramiento de su situación económica con respecto a la que tenía durante el matrimonio, puede decretarse. Como se ha manifestado anteriormente, con esta prestación no se busca la igualdad de patrimonios, sino evitar las desigualdades que generan las rupturas matrimoniales.

Además de estos requisitos, también habrán de tenerse en cuenta las circunstancias enumeradas en el art. 97 CC, que son:

1) Los acuerdos a los que hayan llegado los cónyuges, prevalencia del principio de autonomía de la voluntad plasmado en propuestas del convenio regulador.
2) La edad y el estado de salud, factores determinantes para calibrar la idoneidad o la posibilidad real de inserción o reinserción en el mercado laboral.
3) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, evaluación del perfil curricular y de la empleabilidad actual del solicitante, se analiza si el alejamiento del mercado laboral ha generado una obsolescencia profesional difícilmente reversible (STS 838/2022 de 28 de noviembre).
4) La dedicación pasada y futura a la familia, ponderación del trabajo doméstico y el cuidado de los hijos, siempre que haya contribuido a generar el desequilibrio económico producido por la ruptura matrimonial. La doctrina jurisprudencial computa esta dedicación como una aportación no dineraria que ha permitido al otro cónyuge potenciar su carrera profesional y patrimonial.
5) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, el factor temporal opera de forma directamente proporcional al arraigo del desequilibrio.
7) La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, examen exhaustivo del pasivo y activo patrimonial, ingresos netos recurrentes, rendimientos del capital mobiliario o inmobiliario y cargas familiares que soporten ambas partes al tiempo de la disolución.

[2] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La materia de la pensión compensatoria ha pasado de un marco general a uno más preciso y detallado gracias a la jurisprudencia, lo que ha generado que desde la primera regulación de esta medida se haya producido una significativa evolución. Esta evolución, ha hecho que sea una herramienta más efectiva para proteger los derechos económicos de los cónyuges en caso de separación o divorcio. Algunos ejemplos de sentencias del Tribunal Supremo que recogen lo expuesto son: STS 106/14, de 18 de marzo de 2014 que trata del momento del nacimiento de la pensión compensatoria, STS 810/2021, 25 de Noviembre de 2021 que determina que la pensión compensatoria no tiene por objeto distribuir los ingresos de modo igualitario, sino considerar la situación de desequilibrio económico y el impacto del matrimonio en los cónyuges, STS 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024 que declara el derecho a percibir la pensión compensatoria solicitada en la demanda de divorcio, entre otras.

La pensión compensatoria es un derecho de carácter dispositivo cuyo reconocimiento requiere petición de parte y queda determinada en la sentencia de separación o divorcio como medida definitiva, sujeta a cambios únicamente si se produce una alteración más que sustancial de la situación económica de alguno de los cónyuges en un momento posterior.

El Juez, por tanto, debe dirimir si procede a decretar la pensión compensatoria basándose en los requisitos y circunstancias expuestos, y de ser así, establecer en la sentencia su cuantía y temporalidad (definitiva o temporal), puntos que se desarrollarán a continuación.

## V. CUANTÍA

La cuantía de la pensión compensatoria en España se determina judicialmente a falta de acuerdo regulador, atendiendo exclusivamente al desequilibrio económico ponderado conforme a los criterios del artículo 97 CC. No existen tablas legalmente vinculantes ni baremos automáticos para su cuantificación, lo que exige un análisis exhaustivo y pormenorizado de las circunstancias concurrentes en el momento de la disolución del vínculo matrimonial.

Esta pensión es actualizable, normalmente conforme al Índice de Precios al Consumo anual (IPC), el Juez en su resolución establecerá si la actualización se realizará anualmente o desde la fecha de la sentencia. La base de la actualización será la cuantía de la última pensión existente, por lo que es acumulativa, siempre tomando como referencia la cantidad abonada el año anterior.

## VI. TEMPORALIDAD Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Tal y como establece el art. 97 CC, el desequilibrio económico puede dar lugar a una pensión temporal o por tiempo indefinido o a una prestación única, siendo esta última la menos frecuente por la complejidad que presenta.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En un primer momento, cuando se introdujo el concepto de pensión compensatoria por primera vez con la promulgación de la Ley 30/1981, ésta tenía una concepción de vitalicia, pues se adaptada a la realidad social del momento en que las mujeres sufrían un grave perjuicio de su situación económica tras la separación, apenas estaban integradas en el mercado laboral y su dedicación a la familia era prácticamente total. La reforma operada por la Ley 15/2005, introdujo formalmente la posibilidad de someter la pensión compensatoria a un límite temporal. En la práctica forense actual, la regla general es la temporalidad, concibiéndose la pensión como un mecanismo de transición o adaptación hacia la autonomía económica de la parte perjudicada.

Por lo tanto, la pensión compensatoria en España ha sufrido una transformación radical, evolucionando desde una concepción casi perpetua y asistencial hacia un mecanismo marcadamente temporal y de reequilibrio económico dinámico. La concesión con carácter vitalicio ha quedado relegada a supuestos excepcionales donde el desequilibrio deviene insubsanable, esto ocurre habitualmente cuando concurre una avanzada edad del beneficiario, una prolongada ausencia del mercado laboral y una carencia absoluta de cualificación profesional que haga inviable cualquier expectativa de reciclaje laboral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acompañado esta evolución, realizando un cambio doctrinal de calado, determinado que la verdadera naturaleza jurídica de la pensión compensatoria es de reequilibrio. Su objetivo es colocar al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades respecto de la que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

Este tránsito hacia la temporalidad de esta medida, que se formalizó en la ley del 2005, ya lo venían aplicando los tribunales. El Tribunal Supremo (fijando doctrina en sentencias como la de 10 de febrero de 2011) estableció que la temporalidad es la regla preferente, siempre que exista una previsión razonable de superación del desequilibrio económico. Para determinar si procede la temporalidad o la perpetuidad, la jurisprudencia exige realizar un juicio de prospección basado en las circunstancias relativas a cada caso. Si del análisis de estas variables se deduce que el cónyuge beneficiario puede recuperar la autonomía económica en un plazo determinado, el órgano judicial fijará un límite temporal. Esta doctrina se fija en sentencias como STS 434/2011 de fecha 22 de junio, STS 369/2014 de 3 de julio, STS 622/2022 de 26 de septiembre, entre otras. La temporalidad no es imperativa, habrá de atender por tanto a la idoneidad de superar el desequilibrio económico.

Asimismo, se han dictado algunas sentencias en las cuales, si bien se fija la pensión compensatoria con carácter temporal, se admite la posibilidad de que ésta se prorrogue o subsista si, una vez transcurrido el plazo inicialmente señalado, perdura el hecho determinante de su concesión en contra de las iniciales previsiones del Juzgador. Parece que es algo automático, pero si está señalado en la sentencia un plazo de duración de la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

pensión compensatoria, no se prorroga o subsiste, y si las circunstancias cambian, entra en juego el sistema previsto en el artículo 100 CC.

Como he dicho, la pensión compensatoria requiere un juicio prospectivo para poder temporalizarla, ponderando si el cónyuge acreedor superará el desequilibrio económico en un plazo previsible[3], esto se realizará valorando las circunstancias concretas del caso y las posibilidades futuras de independencia del acreedor. La temporalidad de la pensión compensatoria debe fijar el tiempo suficiente para que el acreedor pueda mejorar su situación económica y que el desequilibrio desaparezca, debiendo tener muy en cuenta la verdadera realidad de la parte que recibe la prestación.

Por último, cabe señalar que, conforme a la regulación vigente, el derecho a la pensión compensatoria queda sometido a las previsiones de los artículos 100 y 101 CC, preceptos que permiten su modificación o extinción si varían las circunstancias que determinaron su reconocimiento o se producen los eventos en ellos contemplados.

## VII. EXTINCIÓN. CAUSAS

A pesar de que la pensión compensatoria se establece como medida definitiva, no es inalterable, el art. 101 CC regula su extinción: *el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*. Ese artículo fue recogido por la Ley 30/1981, sin posterior modificación, lo que no ha acompañado a la evolución de esta materia, dando pie a que no se contemplen otras circunstancias que pueden ocasionar la extinción de la pensión compensatoria, como el fallecimiento del acreedor.

Lo esencial para que se produzca la extinción de la pensión compensatoria es que la causa que dio origen a esta medida desaparezca pues el desequilibrio económico existente tras la separación o el divorcio ha cesado. Esta desaparición del desequilibrio económico se ocasiona por el cambio de circunstancias de uno de los cónyuges, puede suceder que la suerte del acreedor se modifique ya sea incorporándose al mundo laboral, o percibiendo una herencia o algún tipo de indemnización, o, todo lo contrario, que el deudor vea reducidos sus ingresos de tal manera que no pueda afrontar el pago de la pensión. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre ello, declarando la extinción de la pensión compensatoria por haber recibido una serie de bienes y con ellos, haber eliminado el desequilibrio económico.

[3] STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 391/2017, de 20 de junio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Si quien recibe la pensión compensatoria ha contraído de nuevo matrimonio con otra persona o si convive de manera estable o equiparable al matrimonio con otra persona, verá extinguida su prestación. Si bien es una extinción "ope legis", en caso de controversia, el deudor deberá presentar demanda solicitándola.

El art. 101 CC recoge que la pensión compensatoria no se extingue con el fallecimiento del deudor, debiendo continuar abonándola sus herederos, al contrario de lo que ocurre con la muerte del acreedor pues al tratarse de un derecho personalísimo, no es posible la transmisión mortis causa de este derecho. En el primer caso, la deuda se integra en la masa hereditaria y de esta manera, la obligación es asumida por los herederos ya que en el derecho sucesorio se adquieren también las deudas y cargas del causante. Si bien, a pesar de lo establecido en el art. 101 CC, esta deuda es especial, no supone que los herederos son deudores en las mismas condiciones pues éstos pueden solicitar la reducción de la cuantía o su supresión, según la cuantía de la herencia y la situación personal de los implicados.

La extinción de la pensión compensatoria ha de ser acordada por el Juez mediante sentencia firme, en muchas ocasiones es difícil para el deudor acreditar que efectivamente procede la extinción de la prestación.

## VIII. MODIFICACIÓN

Además de poder solicitar la extinción de la pensión compensatoria, es posible la modificación cuando se produzcan cambios más que sustanciales en la situación económica de cualquiera de las partes. Normalmente esto ocurre cuando se produce un empeoramiento de la situación económica del deudor, o si por el contrario ha mejorado parcialmente la del acreedor. La modificación puede basarse en la reducción de la cuantía o limitar el tiempo en el que se estableció la pensión. De no haber acuerdo entre las partes, se habrá de iniciar un procedimiento judicial.

Una de las circunstancias que puede provocar la modificación de la pensión compensatoria es el paso de la vida laboral a la jubilación de alguno de los cónyuges. Esta variación en la situación económica de cualquiera de las partes puede generar que se reduzca el poder adquisitivo del deudor o que aumente el del acreedor, si esta alteración es lo suficientemente significativa, se puede acordar la modificación de la pensión compensatoria o incluso la extinción de esta, aunque para que esto ocurra el desequilibrio económico debe desaparecer

## IX. LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CASOS DE UNIÓN NO MATRIMONIAL

Las parejas de hecho no tienen derecho a la pensión compensatoria ya que la unión de hecho no es equiparable al matrimonio en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia ha establecido una vía para corregir el empobrecimiento de uno de los convivientes tras la ruptura que consiste en solicitar una indemnización por enriquecimiento injusto si se demuestra que la convivencia generó una desventaja económica para uno de los miembros en beneficio del otro con ciertos requisitos complementarios de la doctrina del Tribunal Supremo,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los cuales son el aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del acreedor y la falta de causa que justifique el desplazamiento patrimonial, la mera convivencia no es causa que obligue a soportar un desequilibrio desproporcionado tras la ruptura.

## X. CONCLUSIONES

La pensión compensatoria es, sin duda, una de las figuras más vivas, controvertidas y transformadoras de nuestro ordenamiento civil. A la luz del análisis normativo y jurisprudencial realizado en este trabajo, se desprende que la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria no es indemnizatoria ni alimenticia. Su única y estricta finalidad es corregir el desequilibrio económico que la ruptura causa a un cónyuge en relación con la posición del otro y el nivel de vida matrimonial. Por ello, los tribunales rechazan de plano su uso para equiparar patrimonios, rigiéndose rígidamente por el principio de justicia rogada.

La evolución desde la Ley de 1981 hasta la reforma de 2005 plasma un cambio sociológico profundo. Hemos pasado de un modelo asistencial con pensiones marcadamente vitalicias - justificadas en su día por la falta de incorporación de la mujer al mercado laboral - a un modelo dinámico donde prima la temporalidad. Hoy en día, la pensión se concibe como un mecanismo de transición hacia la autonomía económica. Las pensiones vitalicias han quedado relegadas a supuestos excepcionales e insubsanables, marcados por la avanzada edad, la falta de cualificación y la obsolescencia profesional del beneficiario. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que la temporalidad no se puede aplicar de forma automática, exige al juzgador realizar un riguroso juicio prospectivo basado en las variables del art. 97 CC. El objetivo es calibrar si existe una expectativa real y previsible de que el cónyuge perjudicado recupere su independencia económica en un plazo determinado.

Por otro lado, la pensión compensatoria es esencialmente mutable, el art. 101 CC y la doctrina jurisprudencial permiten su modificación o extinción ante alteraciones sustanciales de la realidad económica de las partes, tales como el acceso al mercado laboral del acreedor, la jubilación del deudor o la recepción de una herencia que elimine el desequilibrio inicial. Asimismo, causas personales como el nuevo matrimonio o la convivencia marital de hecho del acreedor operan también como motivos automáticos de extinción.

El derecho de familia actual exige no confundir instituciones. Las parejas de hecho carecen de derecho a la pensión compensatoria para paliar los desequilibrios derivados de estas rupturas, pues únicamente se puede conceder a los cónyuges tras la separación o el divorcio, nos hallamos en presencia de una institución específicamente matrimonial.

En definitiva, la pensión compensatoria ha ido adaptándose a la realidad de una sociedad contemporánea que prima la capacidad de autoabastecimiento, consolidándose no como un subsidio perenne, sino como un puente de equidad necesario tras la quiebra de la convivencia conyugal.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## XI. BIBLIOGRAFÍA

Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) [en línea] [abril/2025]. Real Academia Española (RAE) [abril/ 2025].

Álvarez Martínez, Y. (2020). La pensión compensatoria. (Trabajo fin de máster, Universidad da Coruña).

Beltrá Cabello, C. (2021). Pensión compensatoria. Cuantía. Duración. En tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos. Valencia. Tirant lo Blanch, pág. 1031-1033.

De Verda y Beamonte, J.R. (2021, abril). El desequilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales. En Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE).

Echevarría de Rada, T. La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación.

Gutiérrez Santiago, Pi. (2019). Aporías y distorsiones de la pensión compensatoria por separación o divorcio: A propósito de su paradójica concepción laboralista en la reciente jurisprudencia civil.

Macía Arenas, L. (2022). La duración de la pensión compensatoria. El juicio prospectivo (Trabajo fin de máster, Universidad de Oviedo).

Ortega Domenech, J. (2021). ¿Resulta compatible la pensión compensatoria con la pensión de trabajo doméstico? Análisis crítico legal y jurisprudencial en compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares. Aranzadi, pág. 279-280.

**Jurisprudencia y resoluciones citadas**

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo número 43/2005, de 10 de febrero de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo número 696/2025, de 6 de mayo (Recurso 8468/2024).

Sentencia del Tribunal Supremo número 838/2022, de 28 de noviembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo número 106/14, de 18 de marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo número 810/2021, de 25 de noviembre de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo número 1593/2024, de 28 de noviembre de 2024.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo número 434/2011, de fecha 22 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo número 369/2014, de 3 de julio de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo número 622/2022, de 26 de septiembre de 2022.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# RESPONSABILIDAD OBJETIVA DERIVADA DE LA TENENCIA O UTILIZACIÓN DE ANIMALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1905 CC. COMENTARIO DE LA SENTENCIA, SALA 1ª TS, Nº 1800/2025, de 09/12/2025

*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. Ley y Jurisprudencia. IV. Antecedentes de hecho. V. Antecedentes de hecho. VI. Fundamentos de Derecho. VII. Aspectos sustanciales. VIII. Recurso de casación. IX. Decisión. X. Jurisprudencia*

## I. INTRODUCCIÓN

En la STS nº 1800/2025, de 9 de diciembre de 2025, se formula Recurso Extraordinario por infracción procesal al amparo de lo dispuesto en los artículos 468 y 469.1.4º LEC, por error en la valoración de la prueba testifical, e infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y Recurso de Casación al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º LEC, por infracción de la normativa jurídica y jurisprudencia contenida en el art. 1905 CC, que establece una responsabilidad objetiva del propietario del perro, no concurriendo culpa de la víctima en virtud de la aplicación de la teoría de la causa adecuada del daño, e infracción de la normativa jurídica y jurisprudencia contenida en el art. 1103 CC en relación con la concurrencia de culpa y la moderación del quantum indemnizatorio en los supuestos contenidos en el art. 1905 CC.

## II. ANTECEDENTES

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la responsabilidad objetiva derivada de la tenencia o utilización de animales previsto en el art. 1905 del CC. En su reciente sentencia, el Alto Tribunal asume la tarea de resolver un conflicto entre dos particulares, tras una prolongada batalla legal originada a raíz de un incidente con sus respectivos animales de compañía.

Los hechos del caso tienen su origen en un incidente canino ocurrido en la vía pública, cuando el perro de D. Nicanor, un pequeño bichón maltés, al ir sin correa, cruzó repentinamente la carretera en dirección a otro perro, de raza pastor alemán, propiedad de la demandada, Dª. Tatiana, que en ese momento era paseado por el hijo de esta. Según lo declarado por los testigos del incidente, tras la aproximación del perro de D. Nicanor hacia el perro de la demandada, el pastor alemán inició una persecución contra el maltés, lo que llevó a este último a correr de vuelta hacia donde se encontraba su dueño. Al percatarse de la situación, D. Nicanor cogió a su animal en brazos, recibiendo él mismo una mordedura por parte del perro de Dª. Tatiana, mordedura que finalmente provocó la amputación de un dedo pulgar del demandante.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## III. LEY Y JURISPRUDENCIA

El art. 1905 CC señala de conformidad con su dicción literal que "el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido".

La STS 911/2022 de 14 de diciembre de 2022 hace responsable al poseedor del animal o al que se sirve de él, a responder de los daños que causare, aunque se le escape o extravié. Es una responsabilidad que deriva del daño que pueda producir un animal y el comportamiento de éste constituye el título de imputación del daño. el fin de protección de la norma alcanza al animal que se escapa o extravía. No se responde cuando el daño no proviene del riesgo derivado de la tenencia o utilización del animal, sino de una causa ajena como fuerza mayor o culpa de la víctima".

La STS 1384/2007 de 20 de diciembre de 2007, descarta el carácter objetivo de esta responsabilidad basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan solo una causalidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado".

Las STS de 7 de junio de 2006, con cita de las STS de 21 de octubre de 2005, 2 y 5 de enero y 9 de marzo de 2006, señalan que esta imputación objetiva de la responsabilidad derivada de la posesión o utilización del animal, desplaza hacia quien quiere exonerarse de ella la carga de acreditar que el curso causal se vio interferido por la culpa del perjudicado, que se erige de ese modo en causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido, eliminando la atribución de éste, conforme a criterios objetivos de imputación al poseedor del animal o a quien se sirve de él.

La presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta en función de las obligaciones correspondientes al mismo, con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma.

## IV. ANTECEDENTES DE HECHO

Tras las lesiones sufridas, la víctima decidió interponer una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mataró en fecha 13 de septiembre de 2016, reclamando una indemnización de 322.357,71 euros, contra

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

D. ª Tatiana y su entidad aseguradora AXA Seguros Generales. El Juzgado de Primera Instancia dictó la sentencia n.º 19/2018, de 25 de enero de 2018, por la que estimó parcialmente la demanda y condenó de manera solidaria a D. ª Tatiana y a su compañía aseguradora a indemnizar a D. Nicanor la cantidad de 311.809,80 euros, más los intereses legales desde la fecha del incidente, ocurrido en agosto de 2013. Inicialmente, la indemnización fue fijada en la ya mencionada cantidad, sin embargo, mediante un auto de aclaración en mayo de 2018, el Juzgado de Primera Instancia corrigió errores de cálculo que llevaron a fijar la indemnización definitiva en 298.977,73 euros.

Tras este resultado, la parte demandada decidió interponer un recurso de apelación, cuya resolución correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. En febrero de 2020, la Audiencia Provincial dictó sentencia y resolvió estimar el recurso de apelación interpuesto por D. ª Tatiana y AXA Seguros Generales. Esta resolución redujo la indemnización a la mitad tras apreciar que el demandante había contribuido causalmente a la producción del resultado, al intervenir, según su entendimiento, para intentar separar a los animales, calificando su conducta como poco diligente. Asimismo, la Audiencia añadió que el demandante podría haber empleado otros medios para separar a su perro sin necesidad de cogerlo en brazos, lo que, a su juicio, contribuyó a ocasionar el daño.

Frente a la resolución de la Audiencia Provincial, D. Nicanor interpuso un Recurso extraordinario por infracción procesal y un Recurso de casación. El demandante alegaba como motivo de infracción procesal que la resolución de la Audiencia Provincial vulneraba los principios de preclusión, bilateralidad y contradicción, causándole indefensión, puesto que la manera en la que ocurrió el siniestro nunca fue objeto de controversia en el proceso, incurriendo así en una infracción del artículo 412 de la LEC en relación con el artículo 400 de la misma ley. En segundo lugar, D. Nicanor alegaba la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por una valoración errónea de la prueba testifical, al amparo del art. 469.1.4º LEC. La resolución de la Audiencia Provincial partía de un hecho erróneo, concretamente la supuesta existencia de una pelea entre los canes, a partir de la cual la actuación de la víctima, consistente en intervenir para separar a los perros, fue considerada negligente por dicho tribunal. El recurso de casación fue interpuesto por infracción de la normativa jurídica y jurisprudencia contenida en el art. 1905 CC que establece una responsabilidad objetiva del propietario del perro, no concurriendo culpa de la víctima de la aplicación de la teoría de la causa adecuada del daño, e infracción de la normativa jurídica y jurisprudencia contenida en el art. 1103 CC en relación con la concurrencia de culpa y la moderación del quantum indemnizatorio en los supuestos contenidos en el art. 1905 CC.

## V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y revocó la dictada en primera instancia únicamente en el sentido de apreciar la concurrencia de culpas, reduciendo a la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

mitad la indemnización reconocida a D. Nicanor por los perjuicios sufridos al ser mordido por el perro de Dª Tatiana, que al momento de los hechos tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con Axa Seguros Generales, S.A.

La AP considera procedente a la vista de los datos fácticos obrantes en la causa, distribuir la responsabilidad en un 50% entre ambos litigantes argumentando, que en la producción del resultado concurrió causalmente la conducta del demandante, contribuyendo a la producción del daño, señala que el demandante pudo haber utilizado otros medios para separar a su perro.

## VI. ASPECTOS PROCESALES

El motivo primero se desestima por basarse en la premisa incierta que no es un hecho controvertido en autos la mecánica del siniestro.

El motivo segundo se estima porque es un hecho objetivo, patente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las propias actuaciones, supuesto excepcional en el que cabe la revisión de la actividad probatoria del Tribunal de Instancia por el de casación (STS 1505/2025, de 28 de octubre).

Ninguno de los dos testigos presenciales declaró que el perro del demandante y el perro de la demandada estuvieron peleando ni que aquel lo cogiera mientras lo hacían y para evitar que prosiguiera la pelea.

## VII. ASPECTOS SUSTANCIALES

El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1905 CC, así como en la vulneración de la doctrina jurisprudencial que establece una responsabilidad objetiva del propietario del perro, no concurriendo culpa de la víctima de la aplicación de la teoría de la causa adecuada del daño.

La premisa mayor está integrada por el art. 1905 CC precepto que ha sido interpretado por varias sentencias de la sala de las que destaca y transcribe parcialmente la sentencia 911/2022, de 14 de diciembre y la STS 1384/2007 de 20 de diciembre que fija el carácter objetivo de esta responsabilidad diciendo que está basada en el riesgo consustancial a la tenencia o la utilización de los animales, la cual existe tan solo una causalidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado.

La premisa menor, se sitúa en el fundamento de derecho tercero de la sentencia "con arreglo a esta base fáctica, no puede apreciarse culpa del perjudicado. La conducta del demandante (coger a su animal para evitarle el ataque, constituye una reacción lógica y previsible ante el riesgo cierto que para aquél suponía el pastor alemán, riesgo inherente a la tenencia del animal y determinante de la aplicación del art. 1905 CC".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

No se trata de una actuación imprudente, extraordinaria o generadora autónomamente del daño, sino de una respuesta defensiva incardinada dentro del propio ámbito de peligro que desencadena la responsabilidad objetiva que el precepto establece.

La doctrina jurisprudencial recuerda que la responsabilidad del art. 1905 CC, es objetiva, basada en el riesgo inherente a la tenencia o utilización del animal, y únicamente cesa cuando el daño proviene de fuerza mayor o de culpa del perjudicado. Asimismo, dicha jurisprudencia exige que la culpa de la víctima sea causa adecuada, eficiente y suficiente para romper o atenuar el nexo causal, lo que no sucede cuando su comportamiento constituye una reacción razonable motivada precisamente por el peligro creado por el animal causante del daño, ni cuando la supuesta contribución de la víctima carece de aptitud típica para producir el resultado y queda absorbida por una causa eficiente y determinante, constituida en este caso por el hecho de ir el perro de la demandada sin bozal por la falta de control efectivo por parte de su hijo.

## VIII. RECURSO DE CASACIÓN

Los motivos del recurso de casación lo constituyen la infracción del art. 1905 CC y vulneración doctrina jurisprudencial que establece una responsabilidad objetiva del propietario del perro, no concurriendo culpa de la víctima en virtud de la aplicación de la teoría de la causa adecuada del daño (STS 1010/2006, de 20 de octubre, 1384/2007, de 20 de diciembre y 83/2010, de 22 de febrero). Y la infracción del art. 1103 CC, así como la vulneración de la doctrina jurisprudencial en relación con la concurrencia de culpa y la moderación del quantum indemnizatorio en los supuestos recogidos en el art. 1905 CC (STS de 11 de julio de 1997).

Se estima el motivo primero sin necesidad de examinar el motivo segundo, ya que el art. 1905 CC que dispone "el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravía. Solo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiera sufrido".

La STS 911/2022, de 14 de diciembre "hace responsable al poseedor del animal o al que se sirve de él, a responder de los daños que causare, aunque se le escape o extravíe, es una responsabilidad que se deriva del daño que pueda producir un animal y el comportamiento de éste constituye el título de imputación del daño. El fin de protección de la norma alcanza al animal que se escapa o extravía no se responde cuando el daño no proviene del riesgo que se escapa o extravía. No se responde cuando el daño no proviene del riesgo derivado de la tenencia o utilización del animal, sino de una causa ajena como fuerza mayor o culpa de la víctima (...)".

La STS 1384/2007, de 20 de diciembre señala que la doctrina de esta sala examina el carácter objetivo de esta responsabilidad basada en el riesgo consustancial a la tenencia o la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan solo una causalidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado".

La sentencia de apelación sostiene que la responsabilidad de lo ocurrido no es responsabilidad exclusiva de la demandada, ya que el demandante contribuyó a la producción del evento dañoso, sin embargo, tal premisa fáctica carece de soporte probatorio. Señala que en la conducta del demandante no puede apreciarse culpa del perjudicado. La doctrina jurisprudencial recuerda que la responsabilidad del art. 1905 CC es objetiva basada en el riesgo inherente a la tenencia o utilización del animal y únicamente cesa cuando el daño proviene de fuerza mayor o de culpa del perjudicado.

Destaca la concurrencia de culpas, apreciada por la Audiencia Provincial y mantiene la responsabilidad íntegra de la demandada que apreció el Juzgado de Primera Instancia como poseedora del animal causante del año.

## IX. DECISIÓN

Se estima tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación interpuesto por D. Nicanor contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la AP de Barcelona, en el recurso de apelación, sin condena en las costas de dichos recursos a ninguno de los litigantes.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por Dª Tatiana y Axa Seguros Generales, SA de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Mataró, confirmándola, con imposición de las costas del recurso a los apelantes y la pérdida del depósito constituido.

## X. JURISPRUDENCIA

STS 1010/2006, de 20 de octubre de 2006.

STS 1384/2007 de 20 de diciembre de 2007.

STS 83/2010, de 22 de febrero de 2010.

STS 911/2022 de 14 de diciembre de 2022.

STS 1505/2025, de 28 de octubre de 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DE GASTOS DE COMISIÓN DE APERTURA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23/1/2019. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16/7/2020. COMENTARIO Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16/3/2023

*María José Hernández Rodríguez*

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

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Sentencia tribunal supremo de 23 de enero de 2019. III. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 16 de julio de 2020. IV. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 16 de marzo de 2023. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

Creo conveniente comenzar recordando, como antecedente de las resoluciones objeto de estudio y análisis en el presente artículo, que la normativa básica sobre las comisiones bancarias se hallaba inicialmente recogida en la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios - BOE de 29 de octubre de 2011 -.

Como declaraba la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, nº 332/18, de 6 de julio, y más recientemente en su sentencia nº 180/23, de 27 de marzo, de la citada norma, que fue desarrollada en lo relativo a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, relativa a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos y que se completa con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio de 2010) que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre de servicios de pago, cabía deducir, de modo congruente con el sistema contractual ordinario, que eran dos los requisitos para exigir una comisión, a saber: en primer lugar, el pacto entre las partes que justificara el cobro de la comisión por parte de la entidad, lo que suponía que la cláusula que establecía la citada comisión determinaba de una forma explícita y clara el concepto y la cuantía concreta de la misma y, en segundo lugar, que la comisión correspondiera verdaderamente a la prestación de un servicio por la entidad que constituía el objeto retribuido por la comisión (Gómez Aguilera Á.M. 2020).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Sobre ello se pronunció el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, documento en el que se hacen diversas reflexiones sobre el alcance de dichas obligaciones, la transparencia exigible en los contratos bancarios y la buena fe que ha de presidir las relaciones con los clientes.

En concreto, el Banco de España afirmaba lo siguiente: "Las entidades pueden pactar libremente comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible que informen debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados procurando que, aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.

Además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el contrato, figurando al menos su concepto en el caso de los gastos cuya cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas que cuenten con el consentimiento al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que generan los servicios.

En este contexto, el art. 5 apartado 1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, afirmaba que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos", refiriéndose en particular el citado precepto a la comisión de apertura.

En concreto, decía la norma, en cuanto a los presupuestos que deben regir la fijación de las comisiones, que "en las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables", añadiendo que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor".

Y se refería además de forma expresa a la comisión de apertura, estableciendo en el artículo 5.2.b) lo siguiente: "En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito", estableciéndose en el apartado 5 del citado precepto que los precios, tarifas y gastos repercutibles se deben plasmar en un folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes, añadiéndose en el apartado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

1 del artículo 13 la obligación de la entrega del folleto, con la previsión en el apartado 2 de que "el mismo (el folleto) indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor".

De todo lo antedicho cabe deducir que no había libertad absoluta en el establecimiento de comisiones, ni desde luego gozaba la entidad crediticia de una posición privilegiada en el sentido de imponer *sine condictio* la aplicación de la comisión de que se trate.

Sin embargo, en la mayoría de los casos se constataba que no estaba justificada la comisión de apertura pues la explicación del servicio prestado era "el estudio de documentación sobre solvencia, y otros trámites hasta la firma de la escritura", actuaciones que no constituyen servicios directos al cliente sino actividad interna, gasto de la infraestructura, material y funcional propia de la entidad, que es connatural a su propio negocio e, incluso, existencia y que no suponen sobrecoste alguno para la entidad. De aceptarse esta explicación, se eliminaría de facto la exigencia de que la comisión debe responder a un servicio efectivamente prestado, ya que éste no puede estar constituido por la propia existencia de la entidad sino por algo de distinta índole, es decir, por una prestación individualizada para con el cliente que justifique la comisión.

Dicho de otro modo, si fuera parte de la comisión de apertura el análisis de riesgo o solvencia del cliente, debería cobrarlo el banco concediese o no el préstamo, siendo así que resulta evidente que, caso de no concesión, ninguna comisión cobra la entidad por este concepto.

No hay duda de que en toda operación bancaria con clientes la entidad financiera individualiza y personaliza una concreta operación. Pero hay en tales operaciones un contenido que es inherente a la propia actividad financiera y comercial de la entidad. Por ello, si la comisión de apertura se dirige a repercutir al cliente estos costes inherentes a la explotación del negocio financiero, se quiebra la prestación del servicio personalizado que trata de retribuir la comisión de apertura, transformándola en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la entidad, en todo el conjunto de su actividad, al cliente, cuando en absoluto representa un servicio prestado al mismo.

De hecho, que los costes inherentes a la explotación del negocio financiero deben ser excluidos de la comisión de apertura en tanto no se corresponden a servicios prestados al consumidor como es, por ejemplo, el examen de solvencia, se desprende del hecho de que este examen se hallaba impuesto legalmente a la entidad de crédito – art. 29 Ley 2/2011, de 4 de marzo- o de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial -transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI) -, que en su artículo 18 contemplaba como obligación del prestamista la realización de la evaluación de solvencia del consumidor.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por tanto, se entendía inicialmente en aquellas fechas que, en aquellos supuestos en que las comisiones de apertura supusieran el cobro de cantidades sin correspondencia a servicios realmente prestados y no se hubiera cumplido por la entidad prestamista con el deber de entrega al consumidor del folleto previo que exigía el artículo 5 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ausente otra prueba efectiva de transparencia material, habría de reputarse la comisión de apertura nula.

Solo si la entidad financiera acreditaba, por un lado, la entrega del folleto o la efectiva información sobre el alcance de la misma y, por otro, los gastos reales y efectivos en que había incurrido y que se repercutían por esa comisión de estudio y apertura, distintos a los que constituyan deberes u obligaciones derivadas de la propia naturaleza del negocio financiero o impuestas por ley a la entidad prestamista (como por ejemplo, servicios individualizados de asesoramiento -art 3.21 y 22.2 Directiva ut supra- o costes de apertura y mantenimiento de la cuenta caso que esté supeditada la obtención del crédito a la apertura o mantenimiento de una cuenta, de utilización de un medio de pago para transacciones y operaciones de disposición del crédito y demás costes de operaciones de pago que dice el art. 17.2 Directiva ut supra son gastos que se incluyen en el coste total del crédito para el consumidor) no procedía declarar la nulidad de dicha cláusula, y por tanto tampoco existía obligación de la entidad financiera de proceder a devolver su importe al cliente.

## II. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 2019

Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, dictó la Sentencia nº 44/2019, de 23 de enero, fijando diferente doctrina sobre el posible carácter abusivo de esta comisión en contratos con consumidores.

Tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo consideró que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Por esa razón, el Alto Tribunal vino a concluir que la comisión de apertura no era susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque *es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.*

Al tratarse de un elemento esencial del contrato, quedaba excluida del control de abusividad material una vez superado el control de transparencia, tal y como dispone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Ello suponía el reconocimiento de una validez generalizada de la cláusula de comisión de apertura.

## III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE JULIO DE 2020

En cambio, la Sentencia del TJUE, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (C-224/19) y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (C-259/19), supuso un cambio de doctrina que llevaba a recuperar el criterio expuesto en primer lugar, por cuanto el más alto tribunal europeo vino a declarar expresamente que *el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado.*
*El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.*

La aparente estabilidad jurisprudencial se vio alterada por esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 16 de julio de 2020. El TJUE rechazó la calificación del Tribunal Supremo y estableció que la comisión de apertura no constituye un elemento esencial del contrato de préstamo, sino una prestación

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

accesoria. En consecuencia, debe someterse tanto al control de transparencia como al control de contenido (abusividad), incluso cuando formalmente sea clara.

En la mayoría de las reclamaciones formuladas por consumidores ante los juzgados y tribunales, no se practicaba por la entidad demandada prueba alguna sobre la información suministrada al cliente con relación a la comisión de apertura, ni sobre los concretos servicios y gestiones realizados por la entidad que habrían de justificar los importes abonados en su virtud. Tampoco justificaba la entidad financiera la relación entre la fijación del importe de la comisión y el coste de los servicios prestados. Todo lo cual determinaba, con carácter general, la declaración de nulidad de la cláusula de comisión de apertura impugnada.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo, mediante Auto de 10 de septiembre de 2021, planteó cuestión prejudicial al TJUE con el objetivo de defender la compatibilidad de su doctrina de 2019 con el Derecho de la Unión.

La STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/2019) supuso un cambio de doctrina al declarar que la comisión de apertura no constituye un elemento esencial del contrato, sino una prestación accesoria, por lo que debe someterse tanto al control de transparencia como de contenido (abusividad), siempre que la entidad no demuestre que responde a servicios efectivamente prestados y gastos incurridos (Gómez, M.J. 2023).

## IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 16 DE MARZO DE 2023

El **TJUE** respondió con contundencia en su Sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), viniendo a confirmar su posición al concluir en esta sentencia que la comisión de apertura no es componente del precio ni, en consecuencia, elemento sustancial del contrato en tanto que la obligación de retribuir los servicios relacionados con el estudio, la concesión o tramitación del préstamo y otros servicios similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionados con ocasión de la concesión de un crédito no forman parte de los compromisos principales que resultan de un contrato de crédito.

Por ello, en contradicción frontal con la doctrina del Tribunal Supremo dada en su Sentencia 44/2019, de 23 de mayo, afirma que la comisión de apertura no está incluida entre las excepciones del art. 4.2 de la Directiva 93/13 ni, por ende, del sometimiento al control de contenido.

De ahí que, tal y como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, nº 353/23, de 6 de junio, el TJUE considere que la cláusula que impone la comisión ha de ser transparente en sentido pleno o, lo que es lo mismo, no basta que la cláusula goce solo de transparencia meramente formal o gramatical si no que la cláusula que impone la comisión, además de ser comprensible gramaticalmente para el consumidor, ha de permitirle conocer el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula y la relación entre la misma y otras cláusulas y, en particular, ha de permitir al consumidor estar *en condiciones de evaluar,*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él*, de donde resulta preceptivo, añade el Tribunal, que *la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto*, exigiendo además que *el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen* -apartado 32 -.

Por ello, se impone al Juez comprobar si la entidad prestamista *ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que éste adquiera conocimiento del contenido y funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de la comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo*, pues solo así *el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que justifican la retribución correspondiente a esta comisión* -apartado 35 -.

Además, la "notoriedad" de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible, conforme establece su apartado 40.

Y los elementos que el Juez debe considerar para comprobar el carácter claro y comprensible de la cláusula son, además del tenor de la cláusula examinada, la información (incluida la publicidad en relación con el tipo de contrato suscrito incluida) ofrecida por la entidad financiera el prestatario, *teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz* (apartado 40), información que, como señala el Tribunal, tiene *una importancia fundamental para el consumidor, pues en función, principalmente de ella, decida si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por un profesional* según el apartado 42.

Además, según el apartado 60, sería contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional de la que se desprendiera que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos en la normativa nacional.

Por tanto, tales exigencias informativas deben analizarse en cada caso para comprobar si se desprende del contrato de préstamo la transparencia exigida y si se acredita la información dada al prestatario por parte de la entidad financiera sobre la naturaleza de los servicios que remunera la comisión, verificando si existe *solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que estos retribuyen*.

De no superar el anterior análisis, la conclusión que cabe alcanzar es que la cláusula que impone la comisión de apertura es nula por falta de transparencia lo que además la hace abusiva dado que, por causa de aquella carencia, el consumidor ni puede valorar si los servicios proporcionados como contrapartida se han prestado efectivamente ni si el importe que debe abonar es o no proporcionado con el importe del préstamo,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

provocando desde esta perspectiva que la cláusula cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, habiéndose exigido su pago sin cumplir las exigencias de la buena fe.

Además, aunque el tenor de la cláusula permita al prestatario evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de la misma (el pago de un importe por la concesión del préstamo), más complicado resulta afirmar que por sí sola esa redacción asegura que el prestatario alcanza a entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de ese importe (es decir, que responde a servicios de estudio, concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares) y le habilita para comprobar que no hay solapamiento con otros gastos previstos en el contrato o con los servicios que estos retribuyen.

Ello sucede especialmente cuando: i) no consta qué información y publicidad ha dado la entidad financiera; ii) la redacción de la cláusula nada explicita al respecto, siendo tratada de igual manera que cualquier otra comisión, sin destacarla ni realzarla como elemento importante, ubicada junto a las demás comisiones, como otra más e indistinta a estas.

En tales casos, no puede entenderse acreditado que el consumidor estuvo en condiciones de apercibirse de la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados como contrapartida a esos gastos y comprobar si se solapaban con otros también previstos en el negocio.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo nº 816/2023 de 29 de mayo, tras el dictado de la STJUE de 16 de marzo de 2023, declaró *que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del examen individualizado de cada caso, conforme a la prueba practicada.*

*Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es comprobar si la sentencia recurrida aplica estos criterios establecidos en la sentencia del TJUE para realizar el control de abusividad de la cláusula en la que se recoge la comisión de apertura. Lo que analizaremos a continuación.*

*Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.*

*Este concepto legal de la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario (en general, inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo o crédito) ha sido expresamente asumido en el apartado 57 de la referida sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2023, al indicar que el destino de la comisión de apertura es «de acuerdo con la normativa nacional pertinente cubrir el coste de las actuaciones relacionadas con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito». Lo que reitera el apartado 59: «una cláusula contractual regulada por el Derecho nacional que establece una comisión de apertura, comisión que tiene por objeto la remuneración de servicios relacionados con el estudio, el diseño y la tramitación singularizada de una solicitud de préstamo o crédito hipotecario, los cuales son necesarios para su concesión, no parece, sin perjuicio de la comprobación que deberá efectuar el juez competente, que pueda incidir negativamente en la posición jurídica en la que el Derecho nacional sitúa al consumidor, a menos que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las prestaciones antes descritas o que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo» (Énfasis añadido).*

*En cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura, sobre dicha base legal de que retribuye los gastos de estudio y preparación inherentes a la concesión del préstamo, la cláusula figura claramente en la escritura pública, individualizada en relación con otros pactos y condiciones (incluso los relativos a otras comisiones), sus términos están resaltados y queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto. Aparte de que se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE.*

*No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.*

*En concreto, el resto de las comisiones vienen definidas y reguladas aparte, en los siguientes términos:*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*«c) Comisión de gestión de reclamación de impagados de dieciocho euros y tres céntimos de euro (18.03 €) por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escrito solicitando su regularización, sin perjuicio del derecho de "La Caixa" a modificar el importe de la misma, siempre que la referida modificación haya sido debidamente comunicada al Banco de España, publicada en las tarifas de comisiones de "La Caixa" y oportunamente comunicada al cliente con antelación razonable a su aplicación».*

*«d) Comisión de compromiso sobre la parte del crédito no dispuesta, que se devengará día a día, se liquidará el último día de cada período y se hará efectiva por vencido el primer día del período de pago siguiente: cero por ciento (0%)».*

*«e) Comisión por amortización anticipada: La parte acreditada podrá realizar amortizaciones anticipadas siempre que se encuentre al corriente en el pago de lo debido con arreglo a esta escritura y que su importe sea superior al cinco por ciento del límite del crédito. Se aplicará una comisión de cincuenta centésimas de entero por ciento (0,50%) sobre el importe de dicha amortización, que se liquidará y satisfará por la parte acreditada en el momento de su efectiva realización».*

*Respecto de la proporcionalidad del importe, con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65% del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25% y 1,50%.*

*De todo lo cual, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva.*

En cumplimiento de la doctrina europea, el Tribunal Supremo modificó parcialmente su anterior posición con esta Sentencia. Admitió que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato y, por tanto, debe someterse al doble control: transparencia y abusividad. Doctrina que ha tenido reflejo, por citar a mero modo de ejemplo, en la reciente sentencia de la AP Alacant/Alicante, Sección 9ª, nº 313/26, de 15 de mayo.

No obstante, el Supremo rechazó establecer una solución genérica de nulidad o validez. Optó por un análisis casuístico, señalando una serie de criterios relevantes:

- Transparencia: se valora el cumplimiento de la normativa sectorial (especialmente la Orden de 5 de mayo de 1994), la claridad de la cláusula, su ubicación destacada en el contrato, la entrega de la oferta vinculante y que se especifique el importe exacto y el carácter único de la comisión.
- Abusividad: se analiza si existe un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor. Como parámetro orientativo, el Tribunal Supremo ha venido utilizando el rango medio del mercado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

(generalmente entre 0,25% y 1,5% según datos históricos del Banco de España). Por encima de ese umbral, especialmente si supera el 2%, aumenta significativamente el riesgo de nulidad.

El TJUE, en su Sentencia de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21), confirmó su posición: la comisión de apertura noes componente del precio ni elemento sustancial del contrato exigió un control de transparencia material pleno, permitiendo al consumidor evaluar las consecuencias económicas y comprobar la ausencia de solapamientos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en STS 816/2023, de 29 de mayo, modificó parcialmente su doctrina anterior, admitiendo el doble control y optando por un análisis casuístico (López Jiménez, 2023; González Paniagua, 2023).

## V. CONCLUSIONES

La cláusula de comisión de apertura ha sido una de las más controvertidas en el ámbito del Derecho bancario de consumo en España. Su régimen jurídico ha experimentado una notable evolución desde que el Tribunal Supremo dictara, en Pleno, la sentencia 44/19, de 23 de enero de 2019, que inicialmente parecía cerrar el debate en favor de su validez generalizada. La evolución jurisprudencial (STS 44/2019, STJUE 2020 y 2023, y STS 816/2023) refleja un escenario más equilibrado entre la protección del consumidor y la seguridad jurídica (Gómez, M.J. 2023).

El Tribunal Supremo estableció una doctrina particularmente favorable a las entidades financieras. Consideró que la comisión de apertura forma parte del precio del contrato de préstamo hipotecario y, por tanto, integra el objeto principal del mismo. Al tratarse de un elemento esencial del contrato, quedaba excluida del control de abusividad material una vez superado el control de transparencia.

El Alto Tribunal argumentaba que esta comisión era conocida por los consumidores medios, aparecía reflejada en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en el cálculo de la TAE, y se abonaba de forma única e inicial. Por ello, descartó la necesidad de analizar si realmente remuneraba servicios prestados o si su cuantía resultaba desproporcionada. Esta doctrina supuso un importante freno a la tendencia que, hasta entonces, mantenían numerosas Audiencias Provinciales de declarar nulas estas comisiones por falta de contraprestación efectiva.

La aparente estabilidad jurisprudencial se vio alterada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020. El TJUE rechazó la calificación del Tribunal Supremo y estableció que la comisión de apertura no constituye un elemento esencial del contrato de préstamo, sino una prestación accesoria. En consecuencia, debe someterse tanto al control de transparencia como al control de contenido (abusividad), incluso cuando formalmente sea clara.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta resolución generó un periodo de incertidumbre y de respuestas dispares por parte de los tribunales españoles, que volvían a declarar abusivas numerosas comisiones.

Ante esta situación, el propio Tribunal Supremo, mediante Auto de 10 de septiembre de 2021, planteó una cuestión prejudicial al TJUE con el objetivo de defender la compatibilidad de su doctrina de 2019 con el Derecho de la Unión.

El TJUE, en su sentencia de 16 de marzo de 2023, confirmó que la comisión de apertura es susceptible de control de abusividad y subrayó la necesidad de un control de transparencia material, es decir, que el consumidor comprenda no solo la existencia de la comisión, sino su función económica real y su carga concreta.

En cumplimiento de la doctrina europea, el Tribunal Supremo dictó la STS 816/2023, de 29 de mayo, con la que modificó parcialmente su anterior posición. Admitió que la comisión de apertura no forma parte del objeto principal del contrato y, por tanto, debe someterse al doble control: transparencia y abusividad.

No obstante, el Supremo rechazó establecer una solución genérica de nulidad o validez, optando por un análisis casuístico, con especial atención a unos criterios relevantes que han sido señalados más arriba.

En los últimos años, el Tribunal Supremo ha consolidado esta doctrina intermedia en diversas resoluciones (entre ellas, las SSTS 964/2025 y 965/2025, de 17 de junio de 2025). La tendencia actual es considerar válidas la mayoría de las comisiones de apertura situadas entre el 0,5% y el 1,5% del importe del préstamo, siempre que cumplan con estándares adecuados de transparencia.

- Se declaran abusivas principalmente en los siguientes supuestos:
- Falta de transparencia material (ausencia de oferta vinculante clara, cláusula confusa o enterrada entre otras condiciones).
- Importe manifiestamente desproporcionado.
- Duplicidad con otras comisiones por conceptos similares (estudio, concesión, etc.).

Las sentencias más recientes del TJUE (abril de 2025) han respaldado en líneas generales la aplicación que viene realizando el Tribunal Supremo de la Directiva de cláusulas abusivas.

La evolución jurisprudencial desde la STS de 23 de enero de 2019 hasta la actualidad refleja un escenario más equilibrado entre la protección del consumidor y la seguridad jurídica en el tráfico bancario. La comisión de apertura ha pasado de gozar de una virtual inmunidad a someterse a un control individualizado, aunque sin llegar a la nulidad automática que pretendían algunos sectores.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En la práctica actual, las entidades crediticias han mejorado notablemente su documentación precontractual, lo que ha incrementado las probabilidades de que estas comisiones superen los controles judiciales cuando se mantienen dentro de parámetros de mercado razonables.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ AGUILERA, Á.M. (2020). El control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

GÓMEZ, M.J. (2023). Sobre la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios tras la STS 816/2023. Actualidad jurídica.

GONZÁLEZ PANIAGUA, M.C. (2023). La problemática sobre la abusividad de la comisión de apertura en el contrato de préstamo hipotecario. Universidad de Valladolid.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (2023). La comisión de apertura: conciliación entre el TS y TJUE. Diario La Ley.

**Referencias jurisprudenciales**

Sentencia nº 332/2018, de 6 de julio, Sección 8ª AP Alacant/Alicante, Ponente: D. Luis Antonio Soler Pascual; recurso 224/2018.

Sentencia nº 180/2023, de 27 de marzo, Sección 8ª AP Alacant/Alicante, Ponente: D. Carlos Javier Guadalupe Forés, recurso nº 1275/22.

Sentencia nº 353/2023, de 22 de junio, Sección 8ª AP Alacant/Alicante, Ponente: D. Carlos Javier Guadalupe Forés, recurso nº 500/22.

Sentencia nº 313/26, de 15 de mayo, Sección 9ª AP Alacant/Alicante, Ponente: D. Carlos Javier Guadalupe Forés, recurso nº 838/25.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# SUPUESTOS DE IMPUGNACIÓN DE COSTAS POR EXCESIVOS EN LOS LITIGIOS MASA: ESPECIAL REFERENCIA A LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

*Ramón Martín Martín*

Letrado de la Administración de Justicia

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Regulación. III. La aplicación del criterio moderador y la cuantía del procedimiento. IV. El trabajo, esfuerzo del Abogado y las actuaciones procesales efectivamente llevadas a cabo durante el procedimiento V. El pleito masa. VI. Momento procesal oportuno para cuestionar la cuantía del procedimiento y el verdadero interés económico del pleito. VII. Informes de los colegios de Abogados. VIII. Criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el principio de efectividad. IX. Conclusión. X. Índice de jurisprudencia y doctrina*

## I. INTRODUCCIÓN

La tasación e impugnación de costas procesales constituye una cuestión de gran relevancia práctica en el proceso civil en los litigios denominados masa, especialmente en materia de condiciones generales de la contratación y usura. La proliferación de reclamaciones derivadas de cláusulas predispuestas en contratos bancarios y financieros ha generado un intenso debate sobre la determinación de las costas y su eventual impugnación por excesivas.

Entre las cuestiones más controvertidas destaca la cuantía del procedimiento, por su incidencia directa en la fijación de los honorarios de letrado en la tasación de costas. El presente trabajo analiza los supuestos de impugnación de costas por excesivas en los litigios masa, con especial atención a la cuantía procesal, examinando el marco normativo, la doctrina jurisprudencial y los principales criterios interpretativos aplicados por los tribunales, especialmente en litigios relativos a cláusulas suelo, gastos hipotecarios, préstamos multidivisa y créditos *revolving.*

## II. REGULACIÓN

Conforme al artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) la tasación de costas podrá ser impugnada dentro del plazo de diez días en cuanto a los honorarios de los abogados, peritos o profesionales no sujetos a arancel, alegando que el importe de dichos honorarios es excesivo. Conforme al artículo 246.3 LEC, el Letrado de la Administración de Justicia, a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas y si, conforme al art. 246.5 LEC, si la tasación se impugnara por considerar excesivos los honorarios del Letrado, se oirá en el plazo de cinco días al abogado de que se trate y, si no aceptara la reducción de honorarios, el

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Colegio de Abogados emitirá informe y el LAJ, a la vista de lo actuado y de los dictámenes emitidos, resolverá mediante decreto; si la impugnación fuere totalmente desestimada, se impondrán las costas del incidente al impugnante y si es estimada, se impondrán al abogado cuyos honorarios se hubieran considerado excesivos. Contra dicho decreto cabe recurso de revisión y contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabe recurso.

En lo que se refiere al momento oportuno para cuestionar la cuantía del procedimiento por parte del demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de apelación (art. 255.1 LEC), siendo resuelta la cuestión en la audiencia previa (art. 422 LEC) o al comienzo de la vista en el Juicio Verbal (art. 443 LEC).

## III. LA APLICACIÓN DEL CRITERIO MODERADOR Y LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

Suelen alegar los impugnantes que no es la cuantía del procedimiento el único criterio para tener en cuenta cuando se trata de tasar las costas del procedimiento, considerando que debe estarse a los criterios correctores establecidos por la jurisprudencia.

Sobre el criterio moderador, ya se hacía referencia al mismo en algunas resoluciones del siglo pasado de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 13 de junio de 1929, 5 de febrero de 1964, 27 de abril de 1978 entre otras muchas) conforme a los cuales, salvo que en el arrendamiento de los servicios profesionales prestados por el abogado hubiere mediado un pacto o acuerdo previo sobre la remuneración, cuando surge la discrepancia respecto del precio, éste deberá ser fijado por los Tribunales como una cuestión fáctica o de hecho atendiendo para ello a circunstancias libremente apreciadas y valoradas tales como, naturaleza del asunto, trascendencia jurídica o económica, tiempo que requirió normalmente emplear, menor estudio, notoriedad, conocimiento de la materia, esfuerzo del abogado etc.., considerando que se trata de fijar los honorarios derivados de cuantificar un crédito derivado de la aplicación de un principio procesal de vencimiento objetivo. En el mismo sentido y conforme a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo sintetizada en Auto de fecha 18 de diciembre de 2018 dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo que a su vez refiere a resoluciones constantes del mismo Tribunal [1] ( autos de 17 de enero de 2018, rec. 3334/2014, 31 de enero de 2018, rec. 1185/2010, 7 de febrero de 2018, rec. 1851/2014, 14 de febrero de 2018, rec. 3283/2014, 18 de abril de 2018, rec. 2762/2015, y 23 de mayo de 2018, rec. 1992/2015) , se considera que a la hora de realizar la tasación de costas habrá de estarse a una serie de criterios como son la cuantía o interés económico de la cuestión planteada en el pleito, la complejidad de la materia discutida en el pleito, grado de especialización requerido por parte del abogado, la dedicación, extensión del proceso, fases del proceso realizadas, instancia

[1] ATS, Sala 1ª, 18 de diciembre de 2018.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

del proceso en la que nos encontramos (demanda, allanamiento, audiencia previa, vista, recurso reposición, revisión, apelación, casación, etc.) y el resultado obtenido en el proceso.

Por el contrario, se suele alegar por la defensa de los consumidores, que, si bien es cierto que la cuantía del procedimiento no es el único criterio a tener en cuenta a la hora de valorar los honorarios del abogado, sí es el criterio preferente, y más cuando no conste acreditado que el esfuerzo que ha tenido que hacer el abogado, el tiempo que ha invertido, la posible complejidad que el mismo puede tener, si es un despacho pequeño o un gran bufete , el grado de preparación del mismo, etc…pues esta es una cuestión de difícil valoración, por más que sea de conocimiento notorio cuál es el recorrido y resultado procesal de este tipo de procedimientos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el criterio mayoritario para llevar a cabo la tasación de costas es el relativo a la cuantía del procedimiento (ya por sentencias de STS de 14 de septiembre de 1.998, STS de 27 de julio de 1.992 y de 26 marzo 1990, STS de 7 de octubre de 1997, STC 22 de marzo de 1993).

## IV. EL TRABAJO, ESFUERZO DEL ABOGADO Y LAS ACTUACIONES PROCESALES EFECTIVAMENTE LLEVADAS A CABO DURANTE EL PROCEDIMIENTO

Uno de los factores determinantes para valorar la adecuación de la minuta de honorarios de letrado es el análisis del trabajo efectivamente realizado. A la hora de tasar las costas procede detallar cuáles han sido las tareas procesales llevadas a cabo por el Letrado minutante en el concreto procedimiento, tales como redacción del escrito de demanda, si se ha celebrado o no acto de juicio o audiencia previa y si los autos han quedado para dictar sentencia con la documental aportada. Y ello con independencia de que nos encontremos ante la tramitación del juicio verbal por condiciones generales de la contratación (*microcréditos, revolving, gastos de hipoteca*…) o ante el ejercicio de la acción de usura que deba tramitarse por el juicio ordinario ante lo indeterminado de su cuantía.

A la hora de minutar los honorarios generados en un procedimiento también deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del pleito, como el grado de complejidad del asunto o las fases del proceso, en este sentido, el Tribunal Supremo, en su Auto 9599/2020, de 20 de octubre[2], señaló: *[...]el importe de los honorarios de los Letrados ha de guardar proporción con la cuantía económica del litigo y con el esfuerzo profesional que han de realizar en defensa de sus intereses, siendo, en todo caso las normas del Colegio de Abogados orientadoras; y sin olvidar que la condena en costas al vencido en cuanto a fijación de indemnización se hace al margen del contrato de arrendamiento de servicios que la parte vencedora haya podido concluir con su dirección letrada" ( SSTS de 11/7/2008, RC 751/2004 y de 26/9/2008 (RC 997/2003)[...]. Esta doctrina se viene manteniendo, invariablemente, tras la reforma operada en la LEC por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en la que se produjo una distribución*

[2] ATS, Sala 1ª Nº 9599/2020, de 20 de octubre de 2020.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*competencial, asumiendo el secretario judicial la resolución de los incidentes de impugnación de las tasaciones de costas mediante el dictado del correspondiente decreto, recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Así, el ATS de 27/3/2012 (RC 385/2008) dispone que: "[...] como ya se ha pronunciado esta Sala en otras ocasiones (AATS de 9 de febrero de 2010, RC n.º 1417/2007 y 13 de abril de 2010, RC n.º 1355/2006) … la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal..*

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo señaló en su Auto 847/12, Sección 1ª, de 31 de enero de 2012[3]: *Como ya se ha pronunciado esta Sala en otras ocasiones (AATS 8 noviembre 2007 y 8 enero 2008) no se trata de predeterminar, fijar o decidir cuáles deben ser los honorarios del letrado de la parte favorecida por la condena en costas, ya que el trabajo de este se remunera por la parte a quien defiende y con quien le vincula una relación de arrendamiento de servicios, libremente estipulada por las partes contratantes, sino de determinar la carga que debe soportar el condenado en costas respecto de los honorarios del letrado que minuta, pues aunque la condena en costas va dirigida a resarcir al vencedor de los gastos originados directa e inmediatamente en el pleito entre los que se incluyen los honorarios del letrado, la minuta incluida en la tasación debe ser una media ponderada y razonable dentro de los parámetros de la profesión, no solo calculada de acuerdo a criterios de cuantía, sino además adecuada a las circunstancias concurrentes en el pleito, el grado de complejidad del asunto, la fase del proceso en que nos encontramos, los motivos del recurso, la extensión y desarrollo del escrito de impugnación del mismo, la intervención de otros profesionales en la misma posición procesal.*

En la misma línea, el Auto TS 11768/2011, S. 1ª, de fecha 29 de noviembre de 2011[4]: *(...) teniendo en cuenta, que el valor económico de las pretensiones ejercitadas en el pleito es uno más de los criterios de ponderación, y no una circunstancia por sí sola vinculante, y que habrá de estarse, por resultar igualmente relevantes a la hora de valorar como adecuada la cifra minutada, al verdadero esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes, que se ha traducido en un razonable escrito de alegaciones, así como a la complejidad y trascendencia de los temas suscitados en esta fase del procedimiento, y al valor meramente orientador de las Normas del Colegio de Abogados (...).*

## V. EL PLEITO MASA

Los pleitos masa son un tipo de procedimientos judiciales caracterizados por la reiteración de pretensiones idénticas o similares, sustentadas en hechos homogéneos y en fundamentos jurídicos comunes, que se

[3] ATS, Secc. 1ª, nº 847/12, de 31 de enero de 2012.
[4] ATS, Secc. 1ª, nº 11768/2011, de 29 de noviembre de 2011.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tramitan de forma individual, pero responden a un mismo conflicto jurídico repetido frente a uno o varios demandados.

El criterio de minutar los honorarios del letrado conforme a la cuantía del procedimiento se fundamenta en la aplicación objetiva de las reglas de determinación de la cuantía previstas en los arts. 251 y siguientes de la LEC. Frente a ello, el criterio basado en el interés real del pleito pretende evitar situaciones en las que los honorarios repercutidos superen el beneficio económico obtenido por la parte, pudiendo incluso dar lugar a que la condena en costas exceda del importe del principal. Se sostiene, además, que en determinados litigios masa la verdadera finalidad económica del procedimiento radica en la condena en costas impuesta a la parte demandada.

Sin embargo, podría pensarse que al consumidor se le obliga a acudir a juicio y las entidades, que han recibido la correspondiente reclamación previa (obligación reforzada por la Disposición Adicional 7ª de la LO 1/25), a sabiendas de que probablemente vayan a ser condenados, abocan al consumidor a acudir a los Tribunales para que les sean devueltas cantidades, en ocasiones ínfimas con el consiguiente abuso del servicio público de justicia. En este sentido nos referimos al Decreto del Juzgado de Primera Instancia de Getxo Nº 3, nº 126/25 (ORD 517/21) ,2 de julio de 2025: *El carácter repetitivo de las alegaciones y procedimientos con el mismo objeto también pudiera interpretarse en el sentido contrario; efectivamente, si en la inmensa mayoría de los casos, las resoluciones de los Tribunales de Justicia de nuestro país están fallando a favor de la pretensión ejercitada por el consumidor en procedimientos idénticos al de autos, cabe preguntarse la razón por la que se aboca a los consumidores a presentar este tipo de demandas, teniendo que contratar abogado y procurador. Admitiendo que los procedimientos son repetitivos e idénticos no podría olvidarse que al consumidor no le queda más remedio que impetrar tutela ante los tribunales; las entidades financieras podrían evitar perjuicios al consumidor y a sí mismas, los gastos y las costas procesales, con acuerdos extrajudiciales previos, sin necesidad de colapsar los órganos judiciales. De la misma forma, tenemos actualmente el ejemplo de los procedimientos contra consumidores (monitorios, verbales, ejecuciones hipotecarias, ejecuciones de título no judicial) interpuestos por diferentes entidades financieras, … que presentan sus minutas en base a la cuantía del procedimiento sin que la escasa complejidad del pleito o lo manido del asunto haga que estas entidades aminoren sus honorarios en las tasaciones que presentan*[5].

El criterio opuesto se refleja en el Decreto de 23 de junio de 2023 del Juzgado de primera instancia 101 bis de Madrid en los autos 12708/2018 [6]. Analiza un supuesto en el que se presenta una minuta de 1.851,34 euros, cuando el importe de la condena ha sido 66,26 euros y el precio del contrato declarado nulo es de 150 euros.

[5] Decreto Juzgado de Primera Instancia de Getxo Nº 3, nº 126/25 (ORD 517/21) ,2 de julio de 2025.
[6] Decreto Juzgado de Primera Instancia 101 Bis de Madrid, autos 12708/2018,23 de junio de 2023.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Es cierto que estos procedimientos siempre se respeta el límite del tercio establecido en el art. 394 LEC pero *estamos ante un procedimiento que podemos calificar de sencillo, en el que la actuación de la defensa letrada ha consistido, exclusivamente, en la presentación de una demanda y la celebración de una audiencia previa. Resulta evidente la necesidad de moderar la minuta presentada, pues el trabajo efectivamente realizado, la dedicación empleada y el estudio del caso no son actuaciones profesionales que deban ser remuneradas con un importe tan elevado.* Considera la resolución que se trata de un "pleito sin complejidad", en los que las demandas son relativamente sencillas, se repiten de manera homogénea las alegaciones en todas ella y la documentación que se acompaña es siempre la misma.

Sobre el carácter repetitivo de este tipo de procedimientos se pronuncia el Auto nº 353/2021 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de fecha 11 de octubre de 2021[7]: *en la defensa de una cuestión repetitiva sobre la que se han generado pluralidad de demandas y sentencias en el mismo sentido, considerando que la minuta ha de reducirse al no revestir la cuestión litigiosa complejidad alguna, ante la existencia de procedimientos repetitivos o "pleitos en masa", en este sentido se pronuncia la Sección 14ª en auto de 30 de septiembre de 2016 y la Sección 9ª en auto de 26 de octubre de 2016 (…) En términos similares se pronuncia esta Sala, mediante auto de 18 de mayo de 2017, considerando "que el Decreto recurrido ha tenido en cuenta los factores concurrentes en la presente apelación a fin de ponderar la minuta del letrado recurrente, dado que se ha tenido en cuenta el trabajo realizado por el letrado y la complejidad del caso, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un procedimiento en el que los argumentos se vienen repitiendo, así como los intereses económicos en juego. Criterio que se aplica a supuestos semejantes al que nos ocupa y que deben continuar aplicándose en aras al principio de igualdad ante la ley y seguridad jurídica.*

Y a estos efectos resulta especialmente ilustrativo el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Badajoz en fecha 21 de abril de 2020 en la Pieza de Impugnación nº 301/19-1[8], *se han generalizado los procedimientos en los que se insta, por consumidores, la nulidad de condiciones generales incluidas en contratos bancarios, lo que ha provocado un ingente volumen de procedimientos tipo que genera, a su vez, numerosas resoluciones judiciales que se pronuncian sobre cuestiones idénticas y, por tanto, la existencia de determinados criterios o interpretaciones mantenidas, inicialmente por las distintas Audiencias Provinciales, y posteriormente por la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, que son conocidas por los profesionales jurídicos, lo que implica, de forma necesaria, que el esfuerzo, trabajo y dedicación que los letrados deben desarrollar para plantear un procedimiento como éste es bastante menor que aquel que deberían desarrollar para el estudio y planteamiento de la inmensa mayoría de los procedimientos ordinarios a los que se atribuye una cuantía indeterminada, máxime teniendo en cuenta que la cuestión tampoco presenta complejidad fáctica en tanto en cuanto los hechos que*

[7] Auto nº 353/2021 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 11 de octubre de 2021.
[8] Auto Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Badajoz, en ITC nº 301/19-1 de 21 de abril de 2020.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*sirven de fundamento a la acción son, por definición, muy limitados, resultando de aplicación determinadas presunciones en beneficio de los consumidores, lo que implica una disminución muy relevante de la complejidad del asunto atendiendo a criterios fácticos y jurídicos y, por tanto, una minoración importante del esfuerzo del letrado, no sólo en lo referente a la preparación de la demanda, sino también de todos los actos procesales posteriores.*

## VI. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA CUESTIONAR LA CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO Y EL VERDADERO INTERÉS ECONÓMICO DEL PLEITO

Se cuestiona por las entidades que los honorarios se fijen tomando como base para su cálculo el importe fijado en el Decreto de admisión de la demanda en lugar del importe de la condena, que es el que consideran que se corresponde con el verdadero interés económico del pleito y más ajustado al trabajo realizado en el procedimiento. Por tanto, una de las soluciones sería calcular los honorarios de letrado sobre el importe de la condena en vez de sobre la cuantía del Decreto de Admisión.

Se trata de demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación que se tramita por el juicio verbal por razón de la materia conforme al art. 250.1. 14.º LEC y el ejercicio de las acciones de nulidad derivadas de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios cuya cuantía, habitualmente, resulta indeterminada y que se tramitan por el juicio ordinario por razón de la cuantía(art. 249.2 LEC). Ello supone que a los efectos de tasar las costas, estas deben calcularse sobre la base de la cuantía de la demanda, que, siendo indeterminada, se realizaba sobre la cantidad de 18.000 euros hasta la reforma operada por LO 1/2025 pasando a ser de 24.000 euros desde el 1 de abril de 2025 (art. 394.3 LEC).

Es habitual que las entidades demandadas denuncien en la contestación a la demanda, en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal su disconformidad con la cuantía del asunto o, incluso, que recurran el decreto de admisión de demanda en el que se fija la cuantía del procedimiento como indeterminada y, conforme al artículo art. 253.1 LEC, resulta preceptivo que el actor exprese justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda sin que resulte de aplicación el control de oficio de la cuantía de la demanda en fase de admisión al que se refiere el art. 254 LEC.

Es por ello por lo que debe plantearse si el trámite de la impugnación de la tasación de costas es el adecuado para resolver cuál es el verdadero interés económico del pleito. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en su Sentencia 1213/2023 de 25 de julio de 2023[9], estableciendo que el trámite para resolver la disputa sobre la cuantía, cuando ésta no determina la clase del procedimiento, es el del incidente de tasación de costas. A

[9] STS 1213/2023, de 25 de julio de 2023.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

esta sentencia alude G. Linacero[10] considerando que ni en usura ni en transparencia es necesario determinar la cuantía, dado que no afecta al procedimiento aplicable (juicio verbal), difiriéndose al trámite de costas. La citada sentencia dispone que *por tanto, cuando la cuantía litigiosa no haya sido fijada en la fase declarativa del proceso (fijación que puede tener lugar porque las partes la hayan fijado de común acuerdo o porque el juez la haya fijado en la vista del juicio verbal o en la audiencia previa del juicio ordinario), si hay condena en costas, en el incidente de tasación de costas habrá de valorarse si los honorarios del letrado se ajustan a los diversos parámetros pertinentes (complejidad del asunto, interés económico del litigio, fase del proceso, etc.) y, en su caso, aplicar el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso previsto en el art. 394.3.º LEC. Y si el decreto del LAJ que resuelva la impugnación de la tasación de costas es recurrido en revisión, el tribunal habrá de pronunciarse sobre la correcta aplicación de estos parámetros pertinentes para la fijación del importe de las costas, según cuáles hayan sido los argumentos impugnatorios, entre los que puede encontrarse la incorrecta valoración de la cuantía del proceso.*

Esta sentencia es fundamental porque establece la posibilidad que por el LAJ se fije la cuantía en base a la que hay que minutar en fase de impugnación. Bien es cierto que la resolución matiza que este supuesto es aplicable cuando antes de este momento procesal no se hubiera fijado la cuantía; nos encontramos que la cuantía sí se ha fijado en el Decreto de admisión de la demanda pues en dicha resolución se refleja la obligación que tiene el actor de fijar la cuantía del procedimiento (art. 251 LEC) con independencia de que determine el procedimiento a seguir y en este supuesto no lo hace porque se tramita por razón de la materia. Cabe la posibilidad que ese Decreto de admisión sea recurrido ante el Juez y que este opte por fijar la cuantía en ese momento procesal, fase de admisión, o bien no se pronuncie pues no determina el procedimiento a seguir; y lo mismo cabe decir del inicio de la vista en el juicio verbal o en la audiencia previa en el juicio ordinario : el Juez no tiene por qué fijar la cuantía dada su irrelevancia en el trámite procesal a seguir sin embargo a ello no obsta que la fije y en esos casos no resultaría de aplicación esta jurisprudencia. También podría fijarse la cuantía por acuerdo de las partes, algo hartamente improbable. No obstante, con el matiz señalado, es asentada la jurisprudencia que entiende que en los pleitos masa pueda fijarse la cuantía del pleito en fase de impugnación de tasación de costas.

En el mismo sentido, la sentencia nº 219/2023 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 9ª, en fecha 14 de abril de 2023, Recurso de Apelación 1001/2022[11]: *SEGUNDO.- […]En la sentencia no existe ningún pronunciamiento sobre la cuantía, pues la cuestión fue resuelta en la audiencia previa. En esta, el demandante no formuló recurso de reposición contra la decisión de fijar la cuantía como indeterminada, sino que simplemente se limitó a formular protesta. Pero, aunque hubiera formulado recurso de reposición, debe entenderse que en*

[10] Gómez Linacero, Adrián, Diario LA LEY, Nº 10984, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2026.
[11] STC 219/2023 Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 9ª, 14 de abril de 2023.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*ningún caso podría apelarse contra el auto que resuelve el recurso de reposición, pues no era el momento procedente para decidir sobre la cuantía del procedimiento, dado que el art. 422 solo permite plantear la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía, pero no ésta si la misma es indiferente para la determinación del procedimiento o para decidir si es procedente el recurso de casación (art. 255 LEC). El presente procedimiento se tramita por el ordinario en atención de la materia (art. 249.5 LEC), por lo que la cuantía es indiferente para la naturaleza del procedimiento ni para formular recurso de casación. La cuantía sólo es relevante a efectos de costas y será en el incidente de la tasación de costas donde se debería determinar si la cuantía es determinada o indeterminada.*

El auto de fecha 12 de diciembre de 2024 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid[12], también menciona que el incidente de impugnación de costas es el momento oportuno para fijar la cuantía del procedimiento cuando esta sea determinable: *TERCERO.- … se advierte cómo la parte demandada, en el escrito de allanamiento presentado, ya puso de manifiesto que la cuantía del procedimiento era perfectamente determinable, no constando que la misma hubiere sido fijada a lo largo de la causa. Por tanto, estima esta Juzgadora que, a la luz de la meritada Sentencia del Alto Tribunal, resulta procedente fijar en este trance de recurso de revisión, dada la disconformidad reiterada por la demandada, la mentada cuantía a los efectos de poder valorar la corrección de los honorarios del letrado o de aplicar el límite establecido en el artículo 394.3 de la LEC. Siendo ello así, habiéndose ejercitado en el presente procedimiento, con carácter principal, una acción de nulidad por usura, siendo ésta, además, la petición acogida en la Sentencia dictada en fecha 21 de febrero de 2024, tomando en consideración la regla contenida en el artículo 251.3ª.8º de la LEC conforme a la cual "en los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazos.*

En términos similares la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 16 de enero de 2020, nº 53/20[13]: *La mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que cuando la cuantía del proceso sólo tiene efectos con relación a una eventual condena en costa y no con el procedimiento a seguir o con la procedencia del recurso de casación, no procede seguir el trámite del artículo 255 de la LEC, ni dictar ninguna resolución al amparo del artículo 422 de la misma Ley, pero podrá ser discutido en el incidente de tasación de costas , línea jurisprudencial que ha sido reiterada en sentencias de esta Sala número 18/2019 de 15 de enero de 2.019 ,número 113/2019 de 19 de febrero de 2.019 ,número 159/2019 de 6 de marzo de 2.019 , número 193/2019 de 14 de marzo de 2.019 y número 318/2019 de 30 de abril de 2.019.*

[12] Auto, Juzgado Primera Instancia número 14 de Madrid, 12 de diciembre de 2024.
[13] Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, nº 53/20 de 16 de enero de 2020.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Del mismo modo la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015 [14] ha señalado: *Si la discrepancia en la determinación de la cuantía no tiene ningún efecto procesal, no es necesario ni tiene sentido resolverlo en la fase declarativa.*

Si la cuantía, a efectos procesales, no puede determinarse por encontrarnos ante un supuesto de condiciones generales de la contratación, tramitándose los autos por los cauces del juicio verbal y cuantía indeterminada, resulta injusto minutar en base a una cuantía de 24.000 euros, cantidad que no tiene relación tiene con el objeto del procedimiento, pudiendo resultar la cantidad tasada arbitraria y desproporcionada cuando el contenido económico de los contratos cuya nulidad se predicada asciende finalmente a cantidades muy por debajo de esos 24.000 euros que es la cantidad de los intereses remuneratorios que excede de la cantidad prestada al actor.

## VII. INFORMES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

En materia de impugnación de los honorarios del letrado por excesivos, si bien debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes ya señaladas, no puedan desconocerse los criterios del Colegio de Abogados, ni las normas orientadoras aplicables. A pesar de ello, el LAJ no se encuentra vinculado en modo alguno al dictamen que al efecto puedan emitir los Colegio de Abogados, lo que se desprende del propio contenido del Art. 246 LEC, cuyo contenido no permite abrigar duda hermenéutica alguna acerca de que el órgano jurisdiccional ostenta la facultad de fijar, previa ponderación de aquél, y muy particularmente de las circunstancias concurrentes en cada caso, si la minuta presentada ha de considerarse o no ajustada.

Debe tenerse em cuenta además que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia 1684/2022, de 19 de diciembre,[15] declaró que los Baremos de los Colegios de Abogados no pueden utilizarse como referencia en el incidente de tasación de costas procesales ya que la existencia de baremos opera como elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogeneizar los criterios a la hora de tasar las costas porque supone una restricción de la libre competencia. Por otra parte, el 22 de julio de 2021, Rec. 515/2016, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional ha confirmado la sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) al Colegio de Abogados de Madrid por una infracción muy grave prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La práctica totalidad de los informes de los Colegios de Abogados que se emiten en el trámite de impugnación por excesivos consideran la minuta presentada como acorde no sólo a los baremos orientativos sino a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la complejidad del pleito y valoran los honorarios en base a la cuantía

[14] STC AP de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015.
[15] STS 1684/2022, Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2022.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

del procedimiento. Teniendo en cuenta el carácter no vinculante del informe y la citada, no parece que los baremos de los Colegios de Abogados no son el medio más apto para cuantificar la minuta de los honorarios de los Letrados y sería deseable que el Legislador abordara esta cuestión al menos en los pleitos masas fijando una cuantía sobre la que ha de minutarse mediante la reforma del art. 394.3 LEC.

## VIII. CRITERIO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace referencia al criterio de que ha de estarse a la complejidad del procedimiento y los trámites efectivamente realizados a la hora de cuantificar los honorarios del letrado. Desde esa perspectiva de esfuerzo y la dedicación del letrado, el TJUE valora si el importe facturado se corresponde con el número total de horas de trabajo que objetivamente pueda parecer indispensable realizar para evaluar el trabajo realizado. Así, el Auto del Tribunal General (Sala Sexta) de 26 de enero de 2017, Asunto T- 181/14 DEP[16] sobre los honorarios de abogado señala que: *en lo que se refiere al volumen de trabajo que pudo haber supuesto el procedimiento para el coadyuvante, hay que recordar que incumbe al juez tener en cuenta, sobre todo, el número de horas de trabajo que objetivamente pueda parecer necesario realizar con motivo del procedimiento seguido ante el Tribunal (véase el auto de 12 de enero de 2016, ANGIPAX, T-368/13 DEP, no publicado, EU: T:2016:9, apartados 15 y 20 y jurisprudencia citada).*

Además, el Tribunal General, Sala 16ª, en auto de 7 de mayo de 2019. Asunto: T-354/14 DEP, recuerda que el juez de la Unión Europea no es competente para tasar los honorarios que las partes adeudan a sus abogados, sino para determinar la parte de tales retribuciones que puede recuperarse de la parte condenada en costas. Además, el Tribunal no está obligado a tener en cuenta un baremo nacional de honorarios de abogados ni un posible acuerdo entre la parte interesada y su defensa. En el mismo sentido, Auto del TJUE de 7 de abril de 2022 (asunto C-385/20).

No obstante lo anterior, el criterio de la tantas veces citada STS de 25 de julio de 2023 podría colisionar con el principio de efectividad según Acha Barral, Begoña[17] pues puede llegar a disuadir a los consumidores de la posibilidad de demandar a las entidades bancarias por estas prácticas abusivas y que están desconociendo una práctica habitual que está detrás de cada demanda interpuesta (la existencia de una reclamación previa) y que pese a ello ha obligado al consumidor a acudir a la vía judicial, no siendo de recibo que 52 deba abonar a su abogado la diferencia de las costas por aplicación de los criterios como los anteriormente reseñados. En este sentido precisa la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 7 de abril de 2022 (C-385/20) que las costas procesales cuyo reembolso debe poder exigir del litigante vencido el consumidor que ha visto estimadas sus pretensiones, han de ser de un importe suficiente respecto del coste total del procedimiento

[16] Auto del Tribunal General (Sala Sexta),Asunto T- 181/14 DEP, de 26 de enero de 2017.

[17] Acha Barral, Begoña "Las costas procesales en procedimientos que versen sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación. Curso de Especialista Universitario en Cláusulas Abusivas, EUNEIZ, pág. 51.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

judicial a fin de no disuadirle de solicitar la protección jurídica que le confiere la Directiva 93/13 y en consecuencia, los Estados miembros, en caso de que establezcan, en el ejercicio de su autonomía procesal, un régimen de reembolso de los honorarios de abogado que contenga una limitación en cuanto al importe que el profesional condenado en costas debe abonar, tendrán que fijar un límite que permita que se reembolse al consumidor un importe de los gastos soportados que sea razonable y proporcionado al coste de un procedimiento judicial relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual.

## IX. CONCLUSIÓN

La impugnación de costas por excesivas en los litigios masa constituye actualmente uno de los ámbitos de mayor controversia práctica en el proceso civil. La elevada litigiosidad derivada de productos financieros y contratos predispuestos ha evidenciado las dificultades para conciliar el principio de indemnidad de la parte vencedora con la necesidad de evitar resultados desproporcionados en la determinación de los honorarios repercutibles a la parte condenada en costas.

Del análisis normativo y jurisprudencial realizado se desprende una progresiva pérdida de protagonismo de la cuantía del procedimiento como criterio preferente para la tasación de costas, consolidándose una doctrina que exige valorar conjuntamente factores como la complejidad del asunto, el trabajo profesional efectivamente desarrollado y el interés económico real del litigio. En los litigios masa, la reiteración argumental, la homogeneidad fáctica y la existencia de criterios jurisprudenciales consolidados, justifica una moderación razonable de las minutas cuando resulten desproporcionadas respecto del objeto real del proceso.

Asimismo, la tendencia jurisprudencial a considerar el incidente de impugnación de costas como el cauce idóneo para debatir la verdadera cuantía del procedimiento pone de relieve la necesidad de adaptar las soluciones procesales a la realidad de estos litigios. Todo ello evidencia la conveniencia de una futura intervención legislativa que aporte mayor seguridad jurídica mediante criterios más precisos para la fijación de honorarios, evitando tanto el enriquecimiento injustificado como efectos disuasorios en la tutela de los derechos de los consumidores.

## X. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

ATS, Sala 1ª, 18 de diciembre de 2018.

ATS, Sala 1ª Nº 9599/2020, de 20 de octubre de 2020.

ATS, Secc. 1ª, nº 847/12, de 31 de enero de 2012.

ATS, Secc. 1ª, nº 11768/2011, de 29 de noviembre de 2011.

Decreto Juzgado de Primera Instancia de Getxo Nº 3, nº 126/25,2 de julio de 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Decreto Juzgado de Primera Instancia 101 Bis de Madrid, autos 12708/2018 de 23 de junio de 2023.

Auto nº 353/2021 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 11 de octubre de 2021.

Auto Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Badajoz, en ITC nº 301/19-1 de 21 de abril de 2020.

STS 1213/2023, de 25 de julio de 2023.

Sentencia 219/2023 Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 9ª, 14 de abril de 2023

Auto, Juzgado Primera Instancia número 14 de Madrid, 12 de diciembre de 2024.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, nº 53/20 de 16 de enero de 2020.

Sentencia AP de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015.

STS 1684/2022, Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2022.

Auto del Tribunal General (Sala Sexta), Asunto T- 181/14 DEP, de 26 de enero de 2017.

ACHA BARRAL, BEGOÑA, Las costas procesales en procedimientos que versen sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación. Curso de Especialista Universitario en Cláusulas Abusivas, EUNEIZ.

GÓMEZ LINACERO, A., Diario LA LEY, Nº 10984, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2026.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# INTERNAMIENTO FORZOSO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍMITES, GARANTÍAS Y CONTROL JUDICIAL

*Alfonso Martín Palomino*

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

**SUMARIO:** *I. El internamiento forzoso como medida excepcional de privación de libertad. II. El régimen jurídico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. III. Los derechos fundamentales afectados por el internamiento forzoso. IV. Las garantías procesales y el control judicial del internamiento. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

**Resumen:** *El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico constituye una medida excepcional que incide directamente sobre la libertad personal y otros derechos fundamentales de la persona afectada. El presente trabajo analiza su régimen jurídico, con especial atención a los presupuestos que legitiman su adopción, la autorización judicial previa y las particularidades del internamiento urgente. Asimismo, se examinan los derechos a la libertad, dignidad e integridad personal, así como la autonomía y el consentimiento informado. Finalmente, se estudian las principales garantías procesales que deben acompañar la adopción y mantenimiento de la medida, destacando la audiencia y defensa del afectado, la prueba, la motivación reforzada y la necesidad de un control judicial continuado. Todo ello desde la consideración del internamiento como una medida de último recurso sometida a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

## I. EL INTERNAMIENTO FORZOSO COMO MEDIDA EXCEPCIONAL DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

### 1. Concepto, fundamento y naturaleza jurídica del internamiento no voluntario

El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico constituye una medida de carácter excepcional que permite el ingreso de una persona en un establecimiento adecuado sin contar con su consentimiento cuando, como consecuencia de su situación psíquica, no se encuentra en condiciones de decidir por sí misma acerca de la necesidad del ingreso.

Su singularidad deriva de que la finalidad asistencial o terapéutica que pueda perseguir no elimina la incidencia directa que produce sobre la esfera jurídica del afectado. No se está, por tanto, ante una mera decisión sanitaria, sino ante una actuación que comporta una restricción intensa de la libertad personal y que, precisamente por ello, queda sometida a presupuestos legales específicos y a control judicial. El art. 763.1 LEC[1] parte de esta premisa al exigir autorización judicial para el internamiento por razón de trastorno psíquico de quien no pueda decidirlo por sí mismo, con independencia de que la persona se encuentre sometida a alguna medida de apoyo.

[1] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La naturaleza jurídica del internamiento no resulta, sin embargo, unívoca. La medida puede presentar una evidente dimensión terapéutica cuando el ingreso aparece directamente vinculado al tratamiento del trastorno, pero también puede cumplir funciones asistenciales o protectoras cuando pretende evitar un riesgo relevante para la propia persona o para terceros.

Esta pluralidad de finalidades obliga a distinguir el internamiento de otras intervenciones que pueden desarrollarse durante el ingreso y, singularmente, del tratamiento médico forzoso, pues la autorización para restringir la libertad ambulatoria no puede identificarse automáticamente con una autorización general para intervenir sobre la integridad física del paciente.

En este sentido, Martínez Navarro afirma que *este tipo de internamiento se fundamenta en criterios terapéuticos y se justifica cuando la desestabilización del paciente genera una situación de peligro evidente, tanto para sí mismo como para los demás*[2], consideración que pone de manifiesto la conexión entre la medida y la protección de la salud, pero que no permite prescindir de su dimensión restrictiva de derechos fundamentales.

De ahí que el fundamento constitucional de la institución deba construirse a partir de una doble consideración. Por una parte, el internamiento puede responder a necesidades de asistencia, tratamiento o protección de una persona que, en un momento determinado, carece de aptitud suficiente para prestar un consentimiento válido. Por otra, desde el instante en que la permanencia en el centro no depende de su voluntad, la medida supone una auténtica privación de libertad y queda directamente sometida al art. 17.1 CE.

La legitimidad del internamiento exige, en consecuencia, que su adopción responda a una finalidad jurídicamente admisible, que resulte idónea para alcanzarla, que no exista una medida menos restrictiva igualmente eficaz y que la intensidad de la injerencia sea proporcionada a las circunstancias concurrentes. Esta configuración explica la centralidad que adquiere la intervención judicial como garantía frente a eventuales restricciones arbitrarias.

## 2. Evolución normativa y configuración constitucional de la institución

La regulación del internamiento involuntario ha experimentado una evolución significativa en el ordenamiento español. Su disciplina, inicialmente vinculada al Código Civil, pasó a integrarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, cuyo art. 763 configuró un régimen específico en materia de competencia territorial, autorización y ratificación judicial, audiencia de la persona afectada, intervención del Ministerio Fiscal, prueba, defensa, recursos y control periódico del mantenimiento de la medida.

La incorporación al ordenamiento procesal permitió sistematizar unas garantías directamente relacionadas con la privación de libertad, aunque no eliminó las dudas acerca de la suficiencia material y formal de la

[2] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 56, n.º 166, enero-abril de 2023, p. 142.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

regulación. Precisamente el carácter restrictivo de la medida determinó que la jurisprudencia constitucional examinara no solo sus presupuestos y garantías, sino también el rango normativo exigible para disciplinarla.

La cuestión adquirió especial trascendencia a partir de las SSTC 129/1999[3], 131/2010[4] y 132/2010[5]. El Tribunal Constitucional vinculó de forma directa el internamiento involuntario con el derecho fundamental reconocido en el art. 17.1 CE y concluyó que los elementos legales que permiten acordar una privación de libertad están sometidos a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE.

La declaración de inconstitucionalidad de determinados incisos del art. 763.1 LEC no llevó, sin embargo, aparejada su nulidad, con el propósito de evitar un vacío normativo en una materia especialmente sensible. La posterior Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio[6], otorgó carácter orgánico a la regulación correspondiente, solventando aquella insuficiencia formal sin alterar sustancialmente el modelo procesal previamente existente. La evolución normativa evidencia así que la legitimación del internamiento no puede descansar únicamente en la necesidad clínica, sino que exige una cobertura legal reforzada acorde con la intensidad de la restricción que comporta.

Esta dimensión constitucional explica también la función que corresponde al órgano judicial. Como señala Sánchez Barrilao, el juez *se configura constitucionalmente como el único órgano que puede realizar un juicio sobre limitaciones de derechos fundamentales (y en particular de la libertad personal) ante actuaciones públicas y privadas, y en tanto que garante de los mismos*[7].

La intervención judicial no constituye, por tanto, una mera formalidad destinada a convalidar una decisión asistencial previamente adoptada, sino una garantía sustantiva frente a la privación arbitraria de libertad. Esta idea encuentra una formulación especialmente relevante en la STC 141/2012[8], que sitúa el control judicial en el centro del régimen constitucional del internamiento involuntario y exige que la decisión se adopte respetando las garantías inherentes al art. 17 CE.

De este modo, el modelo vigente se articula sobre la combinación de necesidad médica y garantía jurisdiccional: la primera puede justificar materialmente el ingreso, pero solo la segunda permite dotar de legitimidad constitucional a la restricción de la libertad personal.

[3] STC, Pleno, n.º 129/1999, de 1 de julio (ECLI:ES:TC:1999:129).
[4] STC, Pleno, n.º 131/2010, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:131).
[5] STC, Pleno, n.º 132/2010, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:132).
[6] Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
[7] SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*. Revista de Derecho Político, n.º 87, mayo-agosto de 2013, p. 200.
[8] STC, Sala Segunda, n.º 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

### 1. Presupuestos del internamiento y autorización judicial previa

El art. 763 LEC configura como presupuesto del internamiento no voluntario la concurrencia de un trastorno psíquico que determine que la persona afectada no se encuentre en condiciones de decidir por sí misma acerca del ingreso.

No basta, por tanto, con la mera existencia de un diagnóstico, sino que resulta necesario que la concreta situación de la persona afecte a su aptitud para adoptar válidamente aquella decisión. A ello se une el carácter restrictivo de la medida, que obliga a justificar que el internamiento responde a una necesidad real y suficientemente acreditada.

La regla general es que la autorización judicial preceda al ingreso. Corresponde así al órgano judicial comprobar los presupuestos de la medida y ponderar su incidencia sobre la libertad personal antes de que esta llegue a producirse. Este control debe desenvolverse conforme al principio de proporcionalidad, de manera que el internamiento resulte idóneo para la finalidad perseguida, necesario ante la inexistencia de alternativas igualmente eficaces y proporcionado en atención a los derechos e intereses en conflicto.

Como señala Sánchez Barrilao, debe comprobarse *su necesidad, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (...); y la proporcionalidad stricto sensu de la medida, a tenor del carácter equilibrado o ponderado de la intervención en el derecho fundamental, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el propio interno (y el interés general), que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*[9].

La autorización judicial requiere, además, la observancia de las garantías expresamente previstas en el art. 763.3 LEC. El tribunal deberá oír a la persona afectada y al Ministerio Fiscal, además de aquellas otras personas cuya comparecencia estime conveniente o sea solicitada por el propio interesado; deberá examinar personalmente a quien se pretende internar y recabar el dictamen de un facultativo designado judicialmente. A ello se añade la posibilidad de practicar las demás pruebas relevantes y el derecho de la persona afectada a disponer de representación y defensa. No se trata, en definitiva, de verificar exclusivamente la existencia del trastorno, sino de efectuar un juicio individualizado sobre la procedencia de una medida que restringe un derecho fundamental.

[9] SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*. Revista de Derecho Político, n.º 87, mayo-agosto de 2013, p. 205.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 2. El internamiento urgente: decisión médica, comunicación y ratificación judicial

La excepción a la autorización previa viene constituida por el internamiento urgente. En estos casos, la situación clínica no permite esperar a que recaiga previamente una decisión judicial y el ingreso se produce por decisión facultativa, quedando sometido inmediatamente a un posterior control jurisdiccional. La urgencia no elimina, por consiguiente, la garantía judicial, sino que altera temporalmente su funcionamiento: el control deja de ser previo y pasa a realizarse una vez materializada la privación de libertad.

Martínez Navarro resume esta particularidad al señalar que *en el internamiento civil urgente es el facultativo quien decide, en primera instancia, proceder al ingreso. Al director del centro donde se produzca el internamiento le corresponde la obligación de comunicarlo en el plazo de 24 horas al juez competente, quien deberá ratificar o dejar sin efecto la decisión en las 72 horas siguientes*[10].

Por tanto, el responsable del centro debe comunicar el internamiento al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. Desde que el ingreso llega a conocimiento del órgano judicial comienza, a su vez, el plazo máximo de setenta y dos horas para decidir sobre su ratificación.

La STC 141/2012[11] ha otorgado especial relevancia constitucional al cumplimiento de este límite temporal, precisamente porque durante ese período la persona se encuentra ya privada de libertad sin que haya existido autorización judicial previa. La urgencia justifica la alteración excepcional de la secuencia ordinaria, pero no permite prolongar indefinidamente una situación todavía pendiente de control judicial.

La ratificación tampoco puede reducirse a la mera confirmación de la decisión médica inicial. Dentro del plazo legal deben practicarse las actuaciones necesarias para comprobar que concurren tanto el trastorno que motiva el ingreso como la imposibilidad de la persona para decidir por sí misma y la necesidad actual del internamiento.

El juez debe examinar al afectado, oír al Ministerio Fiscal, contar con un dictamen facultativo independiente y valorar las pruebas que resulten pertinentes. La resolución que finalmente se dicte habrá de decidir si procede mantener la privación de libertad o, por el contrario, dejarla sin efecto, de manera que el control judicial opere como una verdadera garantía frente a la prolongación injustificada del internamiento.

---

[10] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 56, n.º 166, enero-abril de 2023, p. 142.

[11] STC, Sala Segunda, n.º 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR EL INTERNAMIENTO FORZOSO

### 1. Libertad personal y prohibición de internamientos arbitrarios

El derecho fundamental más directamente afectado por el internamiento no voluntario es la libertad personal reconocida en el art. 17.1 CE. La protección constitucional alcanza a cualquier privación de libertad física, con independencia de que su origen sea penal, administrativo, sanitario o asistencial.

Por ello, el internamiento por trastorno psíquico únicamente puede resultar legítimo cuando concurra una causa legal suficiente y se observen las garantías establecidas para evitar restricciones arbitrarias. El art. 5.1 CEDH[12] responde a una lógica semejante al admitir determinadas privaciones de libertad vinculadas a trastornos mentales, pero siempre sometidas a las condiciones previstas por la ley.

La jurisprudencia constitucional ha ido perfilando esta dimensión material del derecho a la libertad. La STC 126/1987[13] parte de una concepción de la libertad personal como libertad física frente a detenciones o internamientos arbitrarios, mientras que la STC 141/2012[14] proyecta estas garantías específicamente sobre el internamiento psiquiátrico urgente. En este sentido, Martínez Navarro recuerda que *la libertad personal protegida por este precepto es la "libertad física", la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual*[15].

La consecuencia principal de esta configuración es que cualquier internamiento debe mantenerse únicamente mientras subsistan las circunstancias que justificaron inicialmente la privación de libertad.

La existencia de un trastorno mental no legitima por sí sola una restricción indefinida, ni permite sustituir el juicio individualizado sobre su necesidad. La intervención judicial debe orientarse, por tanto, a impedir que una medida concebida como excepcional termine convirtiéndose en una situación de privación de libertad sostenida por la mera persistencia de un diagnóstico, al margen de la necesidad actual de mantener el ingreso.

### 2. Dignidad, integridad personal, autonomía y consentimiento informado

La incidencia constitucional del internamiento no se agota en el art. 17 CE. La medida se proyecta también sobre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, así como sobre el derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE. Estas garantías adquieren especial importancia cuando el ingreso va acompañado de actuaciones terapéuticas, pues la restricción de la libertad ambulatoria y la intervención sobre el cuerpo del paciente responden a planos jurídicos distintos y exigen una justificación diferenciada.

---

12 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

13 STC, Pleno, n.º 126/1987, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:1987:126).

14 STC, Sala Segunda, n.º 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

15 MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 56, n.º 166, enero-abril de 2023, p. 143.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En este contexto, el consentimiento informado constituye una manifestación esencial de la autonomía personal. La Ley 41/2002[16] parte del consentimiento libre e informado como regla general y regula tanto sus límites como los supuestos de consentimiento por representación y las intervenciones imprescindibles ante situaciones de riesgo inmediato y grave.

La STC 37/2011[17] conecta expresamente esta facultad de decidir con el derecho fundamental a la integridad física. Martínez Navarro recoge esta sentencia afirmando que el consentimiento constituye *una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas*[18].

Esta distinción obliga a evitar una identificación automática entre autorización de internamiento y consentimiento para el tratamiento. La decisión judicial que permite mantener a una persona en un centro no comporta necesariamente una habilitación indiscriminada para someterla a cualquier intervención médica.

Además, la perspectiva derivada de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[19] refuerza la exigencia de preservar, en la mayor medida posible, la autonomía y la voluntad de la persona afectada, cuestión especialmente relevante ante el uso de tratamientos forzosos o medidas de contención.

## IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL CONTROL JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO

### 1. Audiencia, defensa, prueba y motivación reforzada de la resolución judicial

La intervención judicial en el internamiento involuntario debe desplegarse mediante un procedimiento dotado de garantías efectivas y no como una mera homologación formal de la decisión médica. El art. 763.3 LEC exige la audiencia de la persona afectada y del Ministerio Fiscal, permite oír a otras personas cuya comparecencia resulte conveniente, impone el examen directo del internado y requiere el dictamen de un facultativo designado por el tribunal.

A ello se suma el derecho de la persona afectada a disponer de representación y defensa y a proponer las pruebas que considere pertinentes, garantías que adquieren especial intensidad cuando la medida ya se está ejecutando y afecta directamente a la libertad personal.

La STC 141/2012[20] refuerza esta dimensión garantista al exigir que el interno sea informado de su situación material y procesal, de su derecho a ser oído personalmente, de la posibilidad de contar con abogado y

[16] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

[17] STC, Sala Segunda, n.º 37/2011, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:37).

[18] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 56, n.º 166, enero-abril de 2023, p. 157.

[19] https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

[20] STC, Sala Segunda, n.º 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

procurador y de su derecho a la práctica de prueba. El órgano judicial debe conocer de manera directa la situación de la persona afectada y valorar de forma autónoma la necesidad del internamiento. Como resume Sánchez Barrilao citando dicha sentencia, la resolución judicial debe contener *una motivación reforzada que comprenda la "necesidad y proporcionalidad de la medida" de modo que efectivamente el juez controle el internamiento llevado a cabo facultativamente*[21].

Esta exigencia ha sido reforzada recientemente por la STC 56/2026, de 20 de julio[22], que declaró vulnerado el derecho a la libertad personal cuando la persona sometida al procedimiento de internamiento no dispuso de una asistencia jurídica materialmente efectiva. No basta, por tanto, con el reconocimiento formal del derecho a abogado y procurador ni, cuando el Ministerio Fiscal asuma la defensa del afectado, con una intervención meramente documental: resulta necesario que la asistencia permita conocer sus pretensiones, prestarle información y apoyo jurídico y garantizar una defensa efectiva durante los actos procesales relevantes.

La motivación cumple así una función esencial de legitimación y control. No basta con reproducir el diagnóstico médico ni con remitirse genéricamente a la conveniencia del ingreso, sino que deben exteriorizarse las razones que justifican la ausencia de consentimiento válido, la existencia del trastorno relevante y la necesidad concreta del internamiento.

Esta exigencia permite comprobar que la restricción de la libertad responde a una valoración individualizada y proporcionada, al tiempo que posibilita su posterior impugnación mediante recurso de apelación y evita que la intervención judicial quede reducida a una ratificación automática de la actuación asistencial.

**2. Mantenimiento, revisión y cese del internamiento: hacia un verdadero control judicial continuado**

El control jurisdiccional no finaliza con la autorización o ratificación inicial del internamiento. La propia naturaleza excepcional de la privación de libertad exige que su mantenimiento dependa de la persistencia de las circunstancias que justificaron la medida.

Por ello, el art. 763.4 LEC establece que los facultativos que atienden a la persona internada deben informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de continuar el ingreso, con una periodicidad máxima ordinaria de seis meses, salvo que el órgano judicial establezca un plazo inferior atendiendo a las circunstancias del caso. Recibidos dichos informes, el tribunal debe valorar si continúan concurriendo los presupuestos que legitimaron inicialmente la privación de libertad y puede practicar aquellas actuaciones que considere imprescindibles antes de decidir sobre su continuación. Este control no debería quedar reducido a una recepción meramente formal de los informes médicos, sino que exige comprobar de manera actualizada la necesidad y proporcionalidad de la medida.

[21] SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*. Revista de Derecho Político, n.º 87, mayo-agosto de 2013, p. 219.
[22] STC, Sala Primera, n.º 56/2026, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2026:56).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En este punto, Prados García advierte que *se han detectado debilidades, especialmente en los requisitos que legitiman tanto la adopción como el mantenimiento de la medida restrictiva de la libertad del individuo*[23]. De ahí que la revisión periódica deba operar como una garantía efectiva frente a la prolongación automática del internamiento.

El cese del internamiento presenta, finalmente, una particularidad relevante: los facultativos pueden acordar el alta cuando consideren que ya no resulta necesario mantener la medida, debiendo comunicarlo inmediatamente al tribunal competente. A ello se añade la posibilidad de recurrir en apelación las decisiones judiciales adoptadas en relación con el internamiento.

El sistema combina así el seguimiento médico con el control jurisdiccional, aunque la garantía efectiva de la libertad exige que este último mantenga una función activa durante toda la duración del ingreso y permita corregir sin demora cualquier prolongación que haya dejado de estar justificada.

## V. CONCLUSIONES

El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico constituye una medida excepcional que solo puede legitimarse cuando concurran de manera estricta los presupuestos legales que justifican una privación de libertad. Su finalidad asistencial, terapéutica o protectora no altera la intensidad de la injerencia que comporta sobre la esfera jurídica de la persona afectada.

Por ello, el internamiento debe concebirse siempre como una medida de último recurso, sometida a criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, evitando que la existencia de un diagnóstico pueda convertirse por sí sola en fundamento suficiente para restringir la libertad.

El régimen previsto en el art. 763 LEC articula un sistema de garantías que trata de conciliar la protección de la persona con el respeto a sus derechos fundamentales. La autorización judicial previa constituye la regla general, mientras que el internamiento urgente opera como excepción, sometido a plazos estrictos de comunicación y ratificación. En ambos supuestos, la intervención judicial debe ser real y efectiva, con audiencia de la persona afectada, examen directo de su situación, valoración médica independiente, posibilidad de defensa y prueba, y una resolución suficientemente motivada que exteriorice las razones concretas que justifican la medida.

La protección constitucional del internado no se agota en el derecho a la libertad personal. También resultan directamente implicadas la dignidad, la integridad física y moral, la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado. Esta perspectiva obliga a diferenciar con claridad entre la autorización del internamiento y la adopción de medidas terapéuticas durante su ejecución, evitando que la primera opere como una habilitación general para intervenir sobre la persona sin una justificación específica. El respeto a la

[23] PRADOS GARCÍA, Celia. *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Madrid, Dykinson, 2023, p. 156.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

voluntad y preferencias del afectado debe ocupar una posición central en cualquier actuación que limite sus derechos.

Finalmente, el control judicial debe mantenerse durante toda la duración del internamiento y no limitarse al momento inicial de su autorización o ratificación. La revisión periódica de la medida, la valoración de su necesidad actual y la posibilidad de acordar su cese constituyen elementos esenciales para impedir que una restricción inicialmente legítima se prolongue de manera automática. Un sistema verdaderamente garantista exige, en suma, que la protección de la salud mental se articule desde el respeto a los derechos fundamentales, con una intervención judicial activa, individualizada y continuada.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

**Jurisprudencia**

STC, Pleno, n.º 126/1987, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:1987:126).

STC, Pleno, n.º 129/1999, de 1 de julio (ECLI:ES:TC:1999:129).

STC, Pleno, n.º 131/2010, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:131).

STC, Pleno, n.º 132/2010, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:132).

STC, Sala Segunda, n.º 37/2011, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:37).

STC, Sala Segunda, n.º 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

STC, Sala Primera, n.º 56/2026, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2026:56).

**Doctrina**

MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro. *Garantías constitucionales del internamiento involuntario por trastorno mental en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 56, n.º 166, enero-abril de 2023, pp. 137 a 170. ISSN 2448-4873, ISSN-e 0041-8633. DOI: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/18909/19133.

PRADOS GARCÍA, Celia. *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Madrid, Dykinson, 2023. ISBN: 978-84-1122-975-3, 978-84-1170-139-6. https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/5c4a2b19-cdc2-469b-b2bb-c6fbbd6240df/content.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. *Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental*. Revista de Derecho Político, n.º 87, mayo-agosto de 2013, pp. 179 a 222. UNED. ISSN 0211-979X. https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/12774/11903.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA CESIÓN PARCIAL DE UNA PRESTACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL CESIONARIO. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA STS NÚM. 880/2026, DE 9 DE JUNIO (SALA PRIMERA)

*Adriana Mateos Ruiz*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. La distinción entre cesión de crédito y cesión de contrato: marco dogmático. III. Marco jurídico actual de la resolución por incumplimiento y su proyección sobre el cesionario. IV. Análisis sistemático de la STS 880/2026, de 9 de junio. V. Doctrina jurisprudencial comparada: de la cesión de carteras bancarias a la cesión parcial de prestaciones. VI. Evaluación crítica y propuestas de lege ferenda. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía y jurisprudencia*

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1124 del Código Civil (en adelante, CC) contiene una de las instituciones más transitadas de nuestro Derecho de obligaciones y, al mismo tiempo, una de las que peor se acomoda a los negocios jurídicos que la práctica financiera y patrimonial ha desarrollado en las últimas décadas. La facultad de resolver las obligaciones recíprocas por incumplimiento, podemos decir que se concibió para un esquema simple: un contrato y un incumplimiento. La multiplicación de cesiones de crédito, ventas de carteras y estructuras de pago fraccionado ha introducido en ese esquema un tercer sujeto - el cesionario - cuya posición no siempre resulta pacífica.

¿Puede quien adquiere, no la posición contractual completa de una de las partes, sino un crédito concreto surgido de un contrato con prestaciones recíprocas, ejercitar la acción resolutoria de ese contrato? La pregunta no es sencilla pues de ella depende, en la práctica, la eficacia de miles de operaciones de dación en pago, descuento de créditos y cesiones parciales que se celebran cada año al margen de cualquier cesión global de la posición contractual.

La STS núm. 880/2026, de 9 de junio, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, aborda esta cuestión con ocasión de un supuesto paradigmático: la cesión, en pago de una deuda, del crédito a la entrega de un piso que debía construirse como parte del precio de una compraventa de solar. El cesionario, ante la falta de entrega, ejercitó la acción resolutoria del contrato de compraventa en su conjunto. El Tribunal Supremo se lo niega, y en ese razonamiento fija una doctrina que, a mi juicio, merece un análisis detenido tanto por su solidez dogmática como por las dudas prácticas que deja abiertas.

El presente artículo se propone analizar esa doctrina situándola en el marco de la distinción clásica entre cesión de crédito y cesión de contrato, examinar el razonamiento del Tribunal y sus consecuencias, así como

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

contrastarlo con otras líneas jurisprudenciales próximas - singularmente la relativa a la cesión de carteras de crédito bancarias - y ofrecer una valoración crítica propia sobre el criterio empleado por la Sala.

## II. LA DISTINCIÓN ENTRE CESIÓN DE CRÉDITO Y CESIÓN DE CONTRATO: MARCO DOGMÁTICO

### 1. La cesión de crédito: arts. 1112 y 1526 y siguientes CC

La cesión de crédito es, conforme a los arts. 1112 y 1526 CC, un negocio de disposición por el que el acreedor transmite a un tercero la titularidad de su derecho de crédito, sin que sea necesario el consentimiento del deudor cedido, al que basta con notificar la cesión para impedir que se libere pagando de buena fe al cedente. Es un contrato traslativo que se perfecciona por el mero consentimiento de cedente y cesionario, y que transmite el crédito con el contenido que tenía en origen: el cesionario no adquiere un derecho nuevo, sino el mismo derecho del cedente, con sus mismas garantías, accesorios y también sus mismas debilidades, de modo que el deudor cedido puede oponer al cesionario cuantas excepciones tuviera frente al cedente.

### 2. La cesión de contrato: transmisión de la posición contractual íntegra

La cesión de contrato es una figura distinta, de construcción jurisprudencial, que implica la transmisión de la relación contractual en su integridad: no solo el crédito, sino también la deuda y el conjunto de facultades, cargas y expectativas que conforman la posición de una de las partes. A diferencia de la cesión de crédito, la cesión de contrato exige el consentimiento del contratante cedido, precisamente porque este pasa a tener como contraparte a un sujeto distinto de aquel con quien originariamente contrató, y porque se le transmiten también las obligaciones pendientes, no solo los derechos.

La jurisprudencia ha insistido en que la cesión de contrato solo puede tener lugar cuando existen obligaciones recíprocas vivas y pendientes de cumplimiento en el momento de la cesión, incluidas las del propio cedente, pues de otro modo no habría verdadera posición contractual que transmitir, sino un simple crédito ya definido.

### 3. La cesión de una prestación aislada dentro de una relación sinalagmática

Entre ambas figuras se sitúa un supuesto que la doctrina no siempre ha tratado con la precisión necesaria, esto es, la cesión de un crédito concreto, nacido de un contrato con prestaciones recíprocas, sin que se ceda la posición contractual en su conjunto. Es exactamente el supuesto que resuelve la STS 880/2026: se cede el derecho a recibir un piso, pero no la totalidad de los derechos y obligaciones que la vendedora ostentaba frente a la compradora en el contrato de compraventa del solar. La pregunta que subyace es si ese cesionario parcial puede, además de exigir su crédito, activar ciertos mecanismos que presuponen la titularidad de la posición contractual completa - como la resolución del art. 1124 CC -, o si su posición queda limitada a la prestación efectivamente cedida.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 4. De la *cessio* romana a la construcción decimonónica

Si nos remontamos al derecho romano clásico, vemos que ya consideraba la obligación como un vínculo estrictamente personal entre acreedor y deudor, de manera que la *cessio* se articulaba originariamente a través de la figura procesal de la representación - el cesionario actuaba como *procurator in rem suam* -, y no mediante una verdadera transmisión traslativa del derecho. La construcción moderna de la cesión de crédito como negocio dispositivo autónomo, que nuestro Código Civil recoge en los arts. 1526 y siguientes siguiendo el modelo napoleónico, superó ese personalismo para el crédito considerado aisladamente, pero no para el contrato como fuente de una posición jurídica global. Esa dualidad - crédito transmisible, posición contractual resistente a la transmisión salvo consentimiento de todos los implicados - es, en el fondo, la que sigue explicando por qué la cesión de un crédito no arrastra automáticamente facultades que pertenecen a la posición contractual en su conjunto, y es precisamente esa dualidad la que la STS 880/2026 aplica con rigor al supuesto de autos.

## *5. Common law: assignment y delegation*

Una última comparación resulta iluminadora, esta vez con los sistemas de *common law*. El Derecho angloamericano articula una distinción muy próxima a la que aquí se defiende a través del par conceptual *assignment* / *delegation*. La *assignment* permite transmitir unilateralmente el derecho a recibir una prestación - el lado activo del contrato -, sin necesidad del consentimiento de la contraparte, de forma muy similar a nuestra cesión de crédito. La *delegation*, en cambio, transmite el lado pasivo - el deber de cumplir una obligación - y, salvo que medie una novación que libere al delegante de su responsabilidad frente al acreedor, este sigue respondiendo del cumplimiento, aunque haya delegado la ejecución material en un tercero.

La doctrina angloamericana ha subrayado, además, que ciertos derechos o facultades no son objeto de *assignment* aun cuando deriven de un crédito perfectamente transmisible, cuando su ejercicio exige una valoración personal del conjunto de la relación contractual - lo que en la terminología anglosajona se conoce como personal condition rights -. La facultad de resolver un contrato por incumplimiento esencial encaja con naturalidad en esa categoría, porque su ejercicio presupone precisamente esa valoración de conjunto que un cesionario parcial no está en condiciones de realizar. El paralelismo con la doctrina de la STS 880/2026 es notable: en ambos sistemas, transmitir un derecho de crédito no equivale a transmitir la capacidad de reconfigurar jurídicamente el contrato del que ese crédito procede.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 6. Cuadro de síntesis

| Cuestión | Cesión de crédito | Cesión parcial de una prestación (STS 880/2026) | Cesión de contrato |
|---|---|---|---|
| Qué se transmite | Un derecho de crédito aislado. | Un derecho de crédito nacido de un contrato sinalagmático, sin la posición contractual completa. | La posición contractual íntegra (derechos y obligaciones). |
| ¿Requiere consentimiento del deudor/contratante cedido? | No; basta la notificación. | No, en cuanto cesión de crédito; pero no habilita por sí sola facultades contractuales adicionales. | Sí, de todas las partes implicadas. |
| ¿Puede el adquirente resolver el contrato ex art. 1124 CC? | No, salvo pacto expreso u obligaciones recíprocas propias. | No, según la STS 880/2026, salvo que se acredite la cesión de la íntegra posición contractual. | Sí, en cuanto sucesor en la posición contractual completa. |
| Excepciones oponibles por el deudor/contratante cedido | Todas las que tuviera frente al cedente. | Las propias de la prestación cedida y las derivadas del contrato de origen. | Las derivadas de la relación contractual en su conjunto. |

## III. MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL CESIONARIO

El art. 1124 CC exige, para que opere la resolución, tres presupuestos consolidados por la jurisprudencia: (i) la existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un mismo contrato; (ii) que quien insta la resolución haya cumplido, por su parte, lo que le incumbía, o se encuentre dispensado de hacerlo por la conducta de la contraparte; y (iii) que el incumplimiento imputado a la otra parte sea de suficiente entidad o esencialidad como para frustrar el fin económico del contrato. Junto a estos, la jurisprudencia ha añadido un cuarto presupuesto, de naturaleza más procesal que sustantiva, pero no menos determinante, a saber: la legitimación activa corresponde, en todo caso, al contratante que sufre el incumplimiento, no a cualquier tercero con interés económico en el resultado del contrato.

Es en este cuarto presupuesto donde se sitúa el problema que resuelve la STS 880/2026. Cuando el crédito que se pretende hacer valer no proviene de la titularidad de la posición contractual completa, sino de una cesión parcial, la pregunta de si el cesionario reúne la condición de contratante cumplidor a los efectos del art. 1124 CC no tiene una respuesta automática. Los arts. 1112 y 1526 y siguientes del Código Civil regulan la transmisibilidad de los créditos, pero no resuelven expresamente si esa transmisibilidad se extiende a las facultades de configuración jurídica del contrato del que ese crédito trae causa, como es la facultad resolutoria.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La jurisprudencia anterior a la sentencia objeto de este estudio - contenida, entre otras, en las SSTS de 23 de octubre de 1984, 192/2003, de 6 de marzo, y 94/2011, de 14 de febrero - ya había apuntado que el reconocimiento de la facultad resolutoria al cesionario no puede presumirse, sino que depende de lo expresamente cedido y de la naturaleza de las prestaciones pendientes en cada caso. La STS 880/2026 no innova, por tanto, en la formulación del criterio, pero sí en su aplicación a un supuesto de hecho especialmente ilustrativo, y lo hace con un rigor argumentativo que merece ser destacado.

### 1. La resolución del art. 1124 CC frente a las cláusulas resolutorias con eficacia real

Para calibrar correctamente el alcance de la STS 880/2026 conviene no confundir dos instituciones que, aunque próximas, la jurisprudencia se ha cuidado de mantener separadas: la facultad resolutoria implícita que el art. 1124 CC atribuye al contratante cumplidor, y las cláusulas resolutorias expresas dotadas de eficacia real, cuya oponibilidad frente a terceros deriva de su acceso al Registro de la Propiedad. La distinción no es baladí para el asunto que nos ocupa, porque explica por qué la posición de un cesionario no puede equipararse, sin más, a la de quien es titular de una garantía real inscrita.

Como ha señalado la Sala en pronunciamientos próximos en el tiempo a la sentencia analizada - STS 616/2021, de 21 de septiembre, con cita de la más antigua STS 638/2002, de 21 de junio -, la eficacia frente a terceros de una cláusula resolutoria expresa con transcendencia real no puede confundirse ni identificarse con el ejercicio de la facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas que el art. 1124 CC reconoce al contratante cumplidor, pues mientras la primera, opera de forma prácticamente automática frente a cualquier tercero registral, la segunda exige siempre valorar la gravedad y esencialidad del incumplimiento. Esta distinción, ya aplicada por la Sala en sede de terceros registrales, es trasladable al cesionario de un crédito parcial, ya que, si ni siquiera el titular de una garantía real inscrita puede beneficiarse automáticamente de los efectos de una resolución contractual sin que medie la valoración de esencialidad propia del art. 1124 CC, con mayor razón debe exigirse esa valoración - y la legitimación correspondiente - a quien solo ha adquirido un fragmento del crédito derivado del contrato.

## IV. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LA STS 880/2026, DE 9 DE JUNIO

### 1. El trámite casacional: el interés casacional apreciado por la Sala

Antes de entrar en el examen del fondo, conviene detenerse brevemente en la vía por la que la cuestión llegó al Tribunal Supremo, pues ello explica el alcance que cabe atribuir a la doctrina fijada. El recurso de casación se articuló por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de la propia Sala sobre los efectos de la cesión de crédito, dado que la Audiencia Provincial de Málaga había reconocido legitimación al cesionario para instar la resolución sin exigir la acreditación de que la cesión alcanzara la integridad de la posición contractual de la vendedora. Esta discrepancia entre la resolución recurrida y la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

doctrina anterior de la Sala - contenida, como se ha visto, en las SSTS de 1984, 2003 y 2011 - es la que permite al Tribunal Supremo entrar a conocer del asunto pese a tratarse, en apariencia, de una cuestión de valoración probatoria sobre el alcance de un negocio jurídico concreto, valoración que en principio escaparía al ámbito de la casación.

La circunstancia resulta relevante para valorar el verdadero alcance innovador de la sentencia, ya que el Tribunal Supremo no está creando una doctrina nueva, sino corrigiendo una aplicación incompleta de la doctrina existente, al no haber exigido la Audiencia el rigor probatorio necesario sobre qué fue efectivamente objeto de cesión. Dicho de otro modo, la STS 880/2026 no amplía ni restringe los criterios previamente fijados por la Sala, sino que reafirma su vigencia frente a una instancia que los había aplicado con excesiva laxitud a favor del cesionario.

## 2. Los hechos

El litigio trae causa de una compraventa de un solar por un precio superior a 600.000 euros, cuyo pago se articuló mediante una combinación de fórmulas: entrega de metálico, pagarés, entrega de otros inmuebles y, por la parte restante, el compromiso de la compradora de entregar a la vendedora un piso que habría de construirse sobre el propio solar vendido. Ese piso nunca llegó a entregarse. El crédito correspondiente a esa concreta prestación - la entrega del piso - fue cedido por la vendedora, en pago de una deuda propia, a un tercero, que se convirtió así en cesionario de ese derecho concreto, valorado sucesivamente en 70.000 euros en la dación en pago y en 110.000 euros en la carta de pago suscrita entre las partes.

Ante la falta de entrega del piso, el cesionario no se limitó a reclamar el cumplimiento de la prestación que le había sido cedida, sino que ejercitó, al amparo del art. 1124 CC, la acción de resolución del conjunto del contrato de compraventa del solar y de la carta de pago, pretensión que, de prosperar, habría determinado la restitución del solar a la vendedora y la ineficacia de todo lo pactado, incluidas las prestaciones ya cumplidas por la compradora en metálico, pagarés y otros inmuebles.

## 3. La doctrina establecida: la legitimación del cesionario no es automática

El Tribunal Supremo estima el recurso del deudor cedido y niega la legitimación del cesionario para instar la resolución. El punto de partida del razonamiento es que la facultad resolutoria del cesionario respecto de una relación sinalagmática no deriva sin más de la cesión de un crédito integrado en esa relación, sino que exige examinar el alcance concreto de lo transmitido y lo efectivamente pactado entre cedente y cesionario[1]. La Sala

[1] STS 880/2026, de 9 de junio (Sala de lo Civil), fundamento de derecho relativo a la doctrina establecida sobre la legitimación del cesionario.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

distingue con nitidez la cesión de crédito de la cesión de contrato, y vincula la legitimación resolutoria a la titularidad efectiva de la posición contractual completa, no de una prestación aislada.

El argumento central de la sentencia gravita sobre un dato objetivo: la cesión recayó únicamente sobre una de las varias prestaciones en que se había descompuesto el pago del precio - la entrega del piso -, y no sobre la íntegra posición jurídica de la vendedora frente a la compradora. Esta última había cumplido ya, parcial o totalmente, otras formas de pago pactadas - metálico, pagarés, entrega de otros inmuebles -, de modo que el contrato, considerado en su conjunto, no se hallaba en la situación de incumplimiento generalizado que presupone el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC. Quien cede una prestación aislada no puede transmitir, junto con ella, una facultad de configuración jurídica - la resolutoria - que por su propia naturaleza exige una visión de conjunto sobre el estado de cumplimiento de todo el sinalagma, visión que solo posee quien ostenta la posición contractual completa.

### 4. El argumento de la desproporción económica y la protección de terceros

La Sala refuerza su conclusión con un argumento de resultado que, a mi juicio, es tan elocuente como el puramente dogmático: la notoria desproporción entre el precio total de la compraventa - superior a 600.000 euros - y el valor atribuido a la prestación cedida - 70.000 y 110.000 euros, según los distintos documentos -. Permitir que el titular de un crédito de esa magnitud relativa resolviera la totalidad de un negocio de valor muy superior habría supuesto conceder al cesionario un poder de destrucción contractual desproporcionado respecto de su propio interés económico en el asunto, con el añadido perjuicio de arrastrar a la ineficacia prestaciones ya cumplidas - el pago en metálico, los pagarés, la entrega de otros inmuebles - frente a las cuales el cesionario era, en rigor, un tercero ajeno.

La conclusión de la Sala cierra el círculo argumentativo con una consecuencia práctica de gran relevancia procesal, y es que el cesionario podría, en su caso, haber exigido el cumplimiento de la prestación cedida, como es la entrega del piso o su equivalente económico, pero no la resolución del conjunto contractual[2]. Negada la legitimación para la única acción efectivamente ejercitada - la resolutoria -, el Tribunal Supremo desestima la demanda sin entrar a valorar si, en el fondo, hubo o no incumplimiento esencial, pues la falta de legitimación activa opera como un filtro previo que impide llegar al fondo del asunto.

En este sentido, al negar la legitimación activa del cesionario, el Tribunal Supremo se libera de la necesidad de pronunciarse sobre si la falta de entrega del piso constituía, en las circunstancias del caso, un incumplimiento suficientemente esencial como para justificar la resolución de todo el contrato - cuestión que, dada la desproporción de valores ya señalada, habría sido cuando menos discutible -. La legitimación activa opera así

[2] STS 880/2026, de 9 de junio (Sala de lo Civil), fundamento de derecho relativo a las consecuencias de la falta de legitimación resolutoria del cesionario.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

como una cuestión procesal previa al fondo, en el mismo sentido en que otras resoluciones de la Sala han calificado la falta de legitimación como un presupuesto cuyo examen antecede lógicamente al de la existencia misma del derecho reclamado, aunque ambas cuestiones aparezcan en ocasiones íntimamente ligadas.

## V. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL COMPARADA: DE LA CESIÓN DE CARTERAS BANCARIAS A LA CESIÓN PARCIAL DE PRESTACIONES

### 1. La cesión de carteras de crédito bancarias

Resulta ilustrativo situar la doctrina de la STS 880/2026 junto a otra línea jurisprudencial reciente, en apariencia próxima, pero de fundamento distinto, a saber, la relativa a la venta masiva de carteras de crédito por parte de entidades financieras. Las SSTS de 5 de marzo de 2020, 5 de octubre de 2020 y 10 de mayo de 2021 declararon que el art. 1535 CC - que reconoce al deudor la facultad de extinguir el crédito litigioso reembolsando al cesionario el precio que pagó - no resulta aplicable cuando la cesión se produce dentro de una venta de cartera por precio alzado, en la que no se individualiza un precio por cada crédito cedido.

La diferencia de fundamento entre ambas líneas es instructiva. En la cesión de carteras bancarias el objeto de la controversia es la extensión de un derecho del deudor - el retracto de crédito litigioso - frente a una operación masiva y despersonalizada; en la STS 880/2026, en cambio, la controversia versa sobre la extensión de las facultades del propio cesionario frente al deudor cedido. Son, en cierto modo, las dos caras de una misma moneda ya que en ambos casos el Tribunal Supremo se muestra reacio a que la mecánica de la cesión de créditos, pensada para la transmisión ordenada de derechos aislados, sirva para alterar el equilibrio de facultades y cargas que el contrato originario había fijado entre las partes.

### 2. La cesión de contrato como categoría de contraste

La STS 226/2024, de 24 de enero, resulta un punto de referencia obligado en el presente contrato. Esa sentencia sistematiza la posición procesal de cedente, cesionario y deudor cedido en supuestos de cesión de crédito derivada de la venta de carteras de préstamos, y recuerda que el cesionario adquiere el crédito con el contenido contractual que tenía en origen, pudiendo el deudor cedido oponerle cuantas excepciones tuviera frente al cedente. Frente a esta situación - en la que el cesionario se limita a ejercitar el crédito tal y como existía, sin pretender además reconfigurar la relación contractual de la que trae causa -, la pretensión del cesionario en la STS 880/2026 iba un paso más allá al no limitarse simplemente a reclamar su crédito con el contenido que tenía, sino que pretendía ejercitar sobre él una facultad - la resolutoria - que por su naturaleza pertenece a la posición contractual global y no al crédito aislado.

La jurisprudencia sobre cesión de contrato - STS de 29 de junio de 2006, STS de 28 de octubre de 2011, STS de 20 de noviembre de 2012 y STS de 25 de febrero de 2013, entre otras - exige, para que pueda hablarse propiamente de esta figura, la transmisión de la íntegra relación contractual, con sustitución del sujeto cedente

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

por el cesionario en todas sus facetas, activa y pasiva. La STS 880/2026 aplica, en el fondo, esta misma exigencia por la vía negativa y es que al no acreditarse que la cesión alcanzara la posición contractual completa, la pretensión resolutoria del cesionario carece de sustento.

### 3. El hilo conductor: la pregunta siempre es «qué se transmitió»

El elemento que unifica las tres líneas jurisprudenciales expuestas - cesión de carteras bancarias, cesión de contrato y cesión parcial de una prestación- es que el Tribunal Supremo rehúye cualquier presunción generalizadora sobre el alcance de una cesión y exige, en cada caso, una determinación concreta de qué fue efectivamente objeto de transmisión. Ni la etiqueta que las partes den al negocio, ni la mera circunstancia de que el crédito cedido proceda de un contrato sinalagmático, determinan por sí solas el alcance de las facultades del cesionario que es la naturaleza de lo cedido, examinada caso por caso, la que fija los límites de su posición jurídica.

### 4. La subrogación del art. 1210 CC

Conviene no confundir el supuesto analizado con la subrogación regulada en el art. 1210 CC, con la que comparte cierto parecido superficial, pero de la que se distancia en un punto esencial. La subrogación coloca al subrogado en la misma posición jurídica que ostentaba el acreedor originario respecto de un crédito determinado, incluidas las garantías y acciones inherentes a él, y opera típicamente cuando un tercero paga la deuda con interés legítimo en la extinción de la obligación - el caso paradigmático es el pago del fiador o del tercer poseedor de un bien hipotecado -. La cesión de crédito, en cambio, no exige ese interés cualificado ni presupone el pago de una deuda ajena, sino que es un negocio de disposición libre entre cedente y cesionario.

La distinción tiene consecuencias prácticas directas para el caso que nos ocupa. Si el cesionario del crédito sobre el piso hubiera adquirido su posición por la vía de la subrogación - por ejemplo, satisfaciendo él mismo una deuda de la vendedora frente a un tercero con garantía sobre ese crédito -, se discutiría si esa subrogación le coloca en una posición más próxima a la del acreedor originario que la simple cesión, precisamente porque la subrogación aspira a una sustitución más completa en el crédito subrogado. Aun así, ni siquiera la subrogación transmite, por sí sola, facultades de configuración jurídica que exceden el crédito subrogado, de modo que la conclusión de la STS 880/2026 resultaría, a mi juicio, igualmente aplicable: lo determinante sigue siendo si se transmitió o no la posición contractual íntegra, y no el concreto mecanismo - cesión o subrogación - por el que el tercero accedió al crédito.

## VI. EVALUACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

A mi juicio, el criterio empleado por la Sala es acertado en su formulación general, pues la facultad resolutoria del art. 1124 CC no es un simple accesorio del crédito, sino una facultad de configuración jurídica que presupone una visión de conjunto sobre el estado de cumplimiento de todo el sinalagma contractual.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Reconocerla a quien únicamente ha adquirido una prestación aislada equivaldría a permitir que un tercero, ajeno al resto de las vicisitudes del contrato - incluidos los cumplimientos ya efectuados por la otra parte -, decida sobre la suerte de todo el negocio, con efectos restitutorios que alcanzarían a quienes ni siquiera fueron parte en la cesión.

Ahora bien, no puedo dejar de señalar una tensión en el razonamiento de la Sala. El argumento de la desproporción entre el valor de la prestación cedida - 70.000 u 110.000 euros - y el precio total de la compraventa - superior a 600.000 euros - desempeña, en la sentencia, un papel que roza lo decisivo, y ese dato nada impide imaginar un supuesto en el que la prestación cedida represente una parte sustancial, o incluso la totalidad, del valor económico del contrato, sin que por ello el cesionario haya adquirido la posición contractual íntegra en el sentido dogmático de la institución. Si el criterio decisivo fuera la proporción económica, dos cesiones jurídicamente idénticas en su alcance - ambas parciales, ambas limitadas a una prestación aislada - podrían recibir un tratamiento distinto según la cuantía relativa de lo cedido, lo que introduce un factor de casuismo económico allí donde, a mi entender, debería bastar el criterio estrictamente jurídico de qué fue objeto de la cesión.

Dicho de otro modo, el fundamento que verdaderamente sostiene el fallo y que comparto sin reservas es que no se transmitió la posición contractual íntegra, sino un crédito aislado; el argumento de la desproporción económica es, a mi juicio, un refuerzo retórico que ilustra la razonabilidad del resultado, pero que no debería erigirse en *ratio decidendi* autónoma, porque desplazaría el análisis desde una cuestión de calificación jurídica, qué se cedió, hacia un juicio de equidad sobre las cuantías en litigio, terreno resbaladizo para la seguridad jurídica de quien redacta una cesión de crédito sin poder anticipar cómo valorará un tribunal, años después, la proporción entre lo cedido y el conjunto del negocio.

Cabe además preguntarse si, en un supuesto como el enjuiciado, la Sala no tenía a su alcance una vía intermedia entre la desestimación total de la pretensión resolutoria y su reconocimiento pleno, a saber, la posibilidad de una resolución parcial del contrato circunscrita a la prestación efectivamente cedida. Nuestra jurisprudencia ha admitido que cuando un contrato es divisible y las prestaciones incumplidas son separables del resto del sinalagma, la resolución puede limitarse a la parte afectada sin arrastrar a la ineficacia las prestaciones ya cumplidas. Trasladado al caso que nos ocupa, cabría haber explorado si el cesionario, aun sin ostentar la posición contractual íntegra, podía obtener una suerte de resolución acotada a la parte del precio representada por el piso no entregado, sin necesidad de deshacer la compraventa del solar en su conjunto ni afectar a las prestaciones satisfechas en metálico, pagarés y otros inmuebles.

Esta alternativa no aparece siquiera mencionada en la sentencia, y puede entenderse que la razón es coherente con el resto de su razonamiento, pues si la facultad resolutoria pertenece a la posición contractual global y no

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

al crédito aislado, tampoco cabría reconocer al cesionario una resolución parcial, pues esta seguiría exigiendo una valoración de la esencialidad del incumplimiento en el contexto del contrato en su conjunto, valoración vedada a quien no ostenta esa posición global.

La sentencia proyecta, además, una advertencia práctica de primer orden para quienes intervienen en operaciones de dación en pago o cesión de créditos derivados de contratos con prestaciones recíprocas todavía no agotadas, y es que si la cesión no precisa expresamente si se transmite también la facultad de resolver el contrato de origen, el cesionario corre el riesgo de encontrarse, llegado el incumplimiento, con una acción de cumplimiento pero sin la de resolución, que es con frecuencia el remedio más eficaz cuando el deudor cedido carece de patrimonio suficiente para satisfacer una condena dineraria.

Puestos a extraer una recomendación de redacción concreta, entiendo que toda cesión de un crédito nacido de un contrato con prestaciones recíprocas todavía no agotadas debería incorporar una cláusula que precise expresamente, cuando menos, tres extremos: primero, si lo cedido es únicamente el crédito o si se cede también, con el consentimiento del contratante cedido, la posición contractual en su conjunto; segundo, si se transmiten al cesionario las facultades de configuración jurídica asociadas al contrato de origen - resolución, excepción de contrato no cumplido, suspensión de la propia prestación -; y tercero, el carácter *pro soluto* o *pro solvendo* de la cesión, para despejar de antemano quién asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido. Una cláusula de este tipo, lejos de ser una cautela superflua, habría evitado el litigio que decide la STS 880/2026, y es precisamente la ausencia de esa previsión la que explica que el cesionario tuviera que buscar en el remedio resolutorio una vía que su título de adquisición no le proporcionaba con claridad.

En mi opinión, sería deseable que una futura reforma del régimen de la cesión de créditos - o, en su defecto, una consolidación doctrinal más explícita por parte de la propia Sala - estableciera criterios más precisos sobre cuándo debe entenderse que una cesión, aun formalmente limitada a un crédito concreto, conlleva la transmisión de las facultades de configuración jurídica inherentes a él, distinguiendo esa cuestión con nitidez del juicio sobre la proporción económica de lo cedido. Mientras tanto, la enseñanza práctica más inmediata de la STS 880/2026 es clara, toda vez que quien negocia una cesión de crédito derivado de un contrato sinalagmático aún no agotado debe hacer constar expresamente si se transmite, junto con el crédito, la facultad de resolver el contrato del que este trae causa, así como la porción de la posición contractual que efectivamente se cede.

## VII. CONCLUSIONES

**1º.** La STS 880/2026 confirma que la legitimación del cesionario de un crédito para instar la resolución de un contrato con prestaciones recíprocas no es automática, sino que depende de si lo cedido fue la posición contractual íntegra o una prestación aislada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**2º.** El criterio decisivo, y dogmáticamente sólido, es que la facultad resolutoria del art. 1124 CC exige una visión de conjunto sobre el estado de cumplimiento del sinalagma, que solo posee quien ostenta la posición contractual completa.

**3º.** El argumento de la desproporción económica entre lo cedido y el valor total del contrato, aunque refuerza la razonabilidad del fallo, introduce un elemento de casuismo que debería quedar subordinado al criterio estrictamente jurídico sobre el alcance de lo transmitido.

**4º.** La doctrina se inserta coherentemente junto a otras líneas jurisprudenciales - cesión de carteras bancarias, cesión de contrato - que comparten un mismo denominador: la negativa del Tribunal Supremo a presumir el alcance de una cesión sin examinar en concreto qué fue efectivamente transmitido.

**5º.** La sentencia tiene una proyección práctica inmediata para la redacción de cesiones de crédito derivadas de contratos sinalagmáticos no agotados, que deberían precisar expresamente el alcance de las facultades transmitidas.

En definitiva, la STS 880/2026 constituye una aportación valiosa a la teoría general de la cesión de créditos, al trazar con precisión la frontera entre la transmisión de un derecho aislado y la transmisión de una posición contractual completa. Comparto la solución alcanzada por la Sala y el rigor de su fundamento central, si bien considero que el argumento de la proporcionalidad económica, situado en un lugar tan prominente del razonamiento, resta claridad a un criterio que hubiera ganado en solidez apoyándose exclusivamente en la naturaleza jurídica de lo cedido.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Restatement (Second) of Contracts (EE.UU.), §§ 316-322 (assignment) y §§ 318-319 (delegation of performance).

STS de 23 de octubre de 1984.

STS 638/2002, de 21 de junio.

STS 192/2003, de 6 de marzo.

STS 459/2007, de 30 de abril.

STS de 29 de junio de 2006 (709/2006).

STS de 28 de octubre de 2011.

STS 94/2011, de 14 de febrero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

STS de 20 de noviembre de 2012.

STS de 25 de febrero de 2013.

STS 532/2014, de 13 de octubre.

STS 384/2017, de 19 de junio.

SSTS de 5 de marzo de 2020 y 5 de octubre de 2020.

STS 505/2020, de 5 de octubre.

STS de 20 de abril de 2021 (Roj: STS 1476/2021).

STS de 10 de mayo de 2021.

STS 768/2021, de 3 de noviembre.

STS 616/2021, de 21 de septiembre.

STS 226/2024, de 24 de enero.

STS 880/2026. Sala de lo Civil, Rec. 7812/2021, de 9 de junio de 2026 (ECLI:ES:TS:2026:2618).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE REEMBOLSO DEL COMUNERO FRENTE A LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS POR LA REALIZACIÓN DE OBRAS Y REPARACIONES EN ELEMENTOS COMUNES

*Arturo Jesús Monsalve Díaz*

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas

**SUMARIO:** *I. Cuestión jurídica analizada. II. Marco normativo de la ley de propiedad horizontal. III. Análisis de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales antes de la sentencia del Tribunal Supremo nº 16/2016 de 02 de febrero. IV. Análisis de la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 16/2016 de 02 de febrero. V. Estudio de la aplicación por las Audiencias Provinciales de la doctrina jurisprudencial fijada por la STS nº 16/2016 de 02 de febrero. VI. Conclusiones. VII. Reseña de la jurisprudencia citada en este trabajo*

## I. CUESTIÓN JURÍDICA ANALIZADA

Hay ocasiones en que las comunidades de propietarios, sometidas al régimen de propiedad horizontal, omiten la realización de obras urgentes y necesarias para conservar el elemento común o restablecer sus condiciones de seguridad, habitabilidad, funcionalidad o accesibilidad universal, obras que no requieren de autorización de la junta de propietarios, precisamente por su carácter de urgentes y necesarias. Piénsese el caso de un defecto de impermeabilización de la fachada comunitaria que está causando filtraciones de agua graves a los comuneros, o el peligro de desprendimiento de zonas comunes, techos, forjados o elementos estructurales que amenazan causar o ya causan daños a personas y/o bienes, etc.

En este artículo se hace un recorrido de la evolución de la jurisprudencia acerca de los requisitos exigibles para el ejercicio del derecho de reembolso por parte del comunero frente a la comunidad por los gastos soportados por la realización de obras y reparaciones en elementos comunes, no sin antes analizar el marco normativo que regula dicha cuestión, que es la vigente Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante LPH).

## II. MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

La LPH no contempla expresamente la posibilidad de que el comunero pueda ejecutar las obras necesarias y urgentes para conservar el elemento común o restablecer sus condiciones de seguridad, habitabilidad, funcionalidad o accesibilidad universal y exigir el reembolso de su coste a la comunidad de propietarios.

Antes bien, el artículo 7.1 LPH, párrafo segundo, determina que en las zonas comunes el comunero "no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por su parte, el artículo 10.1.a) LPH establece el carácter obligatorio de determinado tipo de obras en las zonas comunes y las exime de la previa autorización de la junta de propietarios – impliquen modificación o no del título constitutivo o de los estatutos o vengan impuestas por la Administración o a instancia de los propietarios -, contemplando entre las mismas, entre otras, las "necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal".

A su vez, el artículo 10.2.a) LPH confirma que las obras obligatorias del art. 10.1.a) son de cargo de la comunidad y que la Junta puede decidir la distribución de la derrama y las condiciones de pago, no si la obra necesaria ha de hacerse o no.

El artículo 20.c LPH establece que el deber del administrador de realizar las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios.

Y, por último, el artículo 9.1 e) LPH establece el deber de cada propietario de contribuir a los gastos comunitarios, lo que incluye dichas obras.

A partir de este marco normativo, la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales ha permitido un derecho de reembolso del comunero que realiza obras urgentes y necesarias en las zonas comunes, si bien ha habido dos corrientes jurisprudenciales enfrentadas hasta el año 2016, en función de los requisitos más flexibles o más restrictivos ligados al ejercicio de dicho derecho, hasta que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su labor normofiláctica, ha sentado doctrina jurisprudencial al respecto en su importante sentencia nº 16/2016, de 2 de febrero, decantándose por la postura más restrictiva.

## III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MENOR DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ANTES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 16/2016 DE 02 DE FEBRERO

La discrepancia entre las dos corrientes jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales, antes de fijar doctrina la STS 16/2016, de 2 de febrero, consistía, por una parte, en una postura más flexible, que entendía que las obras urgentes y necesarias realizadas en elementos comunes, cuando beneficiaban a la comunidad, debían ser reembolsadas al comunero, aunque este no las hubiera comunicado previamente al secretario-administrador o al presidente. Por otra parte, la otra corriente jurisprudencial, más restrictiva, consideraba que el comunero no podía reclamar el reembolso de las obras ejecutadas en elementos comunes, aunque fueran necesarias y urgentes, si no había requerido previamente al secretario-administrador o al presidente, advirtiéndoles de su necesidad y urgencia. Solo si, tras ese requerimiento, la comunidad permanecía pasiva o demoraba injustificadamente la actuación exigible por las circunstancias, podía el comunero ejecutar por sí mismo la reparación estrictamente necesaria y repercutir su coste a la comunidad.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Como ejemplos de la primera corriente jurisprudencial flexible al reembolso a favor del comunero ejecutor de tales obras (aunque no hubiera mediado requerimiento previo al Administrador o al Presidente), tenemos las siguientes:

**1. SAP de Madrid, Sección 19ª, de 4 de noviembre de 2013**

Es la sentencia de apelación que fue recurrida en casación y después revocada por la STS 16/2016, de 2 de febrero que fijó doctrina jurisprudencial y que analizaremos más abajo. La Audiencia Provincial consideró procedente reembolsar a los propietarios los gastos de unas obras realizadas en el espacio bajo cubierta, pese a que afectaban a un elemento común y no habían sido autorizadas por la comunidad, considerando que se trataba de obras de carácter necesario y urgente.

**2. SAP Málaga, Sección 4.ª, 229/2014, de 16 de mayo, ECLI:ES:APMA:2014:1028**

En este supuesto un propietario había reparado la cubierta de su vivienda, elemento común, a causa de filtraciones de lluvia que habían provocado humedades y desperfectos importantes. La comunidad llevaba más de dos años sin realizar las obras necesarias en el bloque afectado, pese a que el problema se había tratado repetidamente en Junta y la propia arquitecta de la comunidad había reconocido la urgencia.

La Audiencia declaró que, ante la inacción comunitaria, no era lícito negar al propietario afectado el derecho a reparar por sí mismo la cubierta y obligarle a esperar indefinidamente a que la comunidad iniciase las obras. Reconoció el derecho a compensar el importe de la reparación de cubierta con la derrama reclamada por la comunidad.

Es significativo este pasaje de dicha sentencia: *En efecto si el comunero directamente afectado, en este caso el demandado reconviniente, ha realizado la obra, **aún sin autorización expresa de la comunidad y sin comunicárselo previamente,** infringiendo lo dispuesto en el Art. 7.1 de la LPH, que de manera implícita le reconoce el derecho a realizarlas, no por ello debe perder el derecho de exigir de la comunidad la cantidad pagada en la reparación, o de compensar, en este caso, dicha cantidad con lo que le es reclamado para llevar a cabo la misma en concepto de derrama extraordinaria, dado que siendo de cuenta de la comunidad la realización de tales obras y el abono de su importe.*

**3. SAP Almería, Sección 3.ª, 138/2008, de 26 de septiembre, ECLI:ES:APAL:2008:704**

Esta sentencia contiene el siguiente pasaje que retrata esta postura jurisprudencial flexible al reembolso pese a la falta de aviso previo al Secretario/Administrador o al presidente de la Comunidad, con cita profusa de otras sentencias anteriores de Audiencias Provinciales que así lo declaran también: *Es doctrina común de las Audiencias Provinciales que en determinadas ocasiones, la previsión del* art. 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal *no quita para que un copropietario pueda llevar a cabo reparaciones en elementos comunes **sin***

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

***notificación al administrador (o Presidente), debiendo ser abonadas tales obras por la comunidad de propietarios****. Efectivamente, el artículo citado señala que un propietario en el resto del inmueble (elementos comunes) no podrá realizar alteración alguna y si advirtiere la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo sin dilación al administrador. La aplicación que se viene haciendo por los tribunales de este precepto no es más que una consecuencia de una interpretación sistemática del precepto en el contexto del ordenamiento. Así, por ejemplo, la Sentencia de la AP Huelva, sec. 1ª, de 19-01-2000 partiendo de la regla general que prevé que la realización de las obras de reparación suponga la comunicación al administrador o a la comunidad de propietarios, añade que "Incluso si su necesidad fuera inminente podría un propietario singular realizarlas por si mismo ante la pasividad del administrador o de la Junta (Así SS A.P. Madrid 9-3-93 ó 10-3-93 )", urgencia que en aquella ocasión se entiende acreditada por tratarse de obras de reparación de la cubierta, idéntico caso al que nos ocupa. Igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial Burgos núm. 9/2002 (Sección 2ª), de 4 enero que parte de las limitaciones que el* art. 7.1 LPH *pero inmediatamente plantea que "lo que no aclara la Ley es lo que puede o debe hacer el propietario diligente que, habiendo advertido a los órganos rectores de la Comunidad la necesidad de reparaciones urgentes en un elemento común, se encuentra con que ni el administrador, ni la Junta de Propietarios actúan con la diligencia que requiere el asunto". Y yendo aún más allá la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 22 de marzo de 2.000 donde se considera, en un supuesto en el que ni siquiera se había dado cuenta al administrador de la Comunidad, que "debe partirse, en las relaciones de comunidad, de que el principio general a atender es el contenido en el propio* artículo 7 *que reconoce, implícitamente, la legitimación del copartícipe para realizar aquellas obras de reparación.*

Como ejemplos de la segunda corriente jurisprudencial, más estricta en cuanto a los requisitos del ejercicio de dicho derecho de reembolso (exigen el requerimiento previo al Administrador o al Presidente de la Comunidad), podemos destacar los siguientes:

**1. SAP Navarra, Sección 1.ª, 235/2012, de 28 de noviembre, ECLI:ES:APNA:2012:839**

La propietaria de un local realizó unilateralmente obras que afirmaba urgentes y necesarias, relativas a elementos comunes y estructurales, sin previa comunicación al Administrador sobre su necesidad, pretendiendo compensar su supuesto crédito de reembolso con una deuda comunitaria. La Audiencia desestimó la pretensión. Es significativo el siguiente pasaje de dicha sentencia referido al artículo 7.1 LPH: *De lo anterior se concluye que, con carácter general, la referida norma prohíbe a cualquier comunero ejecutar obras que alteren o modifiquen los elementos comunes, incluso las que fueren urgentes, dado que, en tal caso, no pueden ejecutarlas ellos mismos, sino que deben dar comunicación de su necesidad al administrador.*

*Ciertamente, esa norma ha sido interpretada por los tribunales en el sentido de admitir la posibilidad de que un comunero pueda ejecutar por sí la correspondiente reparación y posteriormente repercutir su coste a la*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*comunidad, de modo que cualquier propietario pueda realizar obras necesarias y urgentes, sustituyendo así las obligaciones al respecto de la comunidad, ejecutándolas por sí y pudiendo repetir su importe ante la comunidad.*

*Ahora bien, estimamos que ello solo puede ser admisible en supuestos excepcionales, en los que la comunidad observa una actitud pasiva o no actúa con la necesaria diligencia para evitar mayores daños, de modo que la actuación del comunero obedezca a la necesidad de evitar que se sufran daños que serían irreparables si no se afrontasen aquellas reparaciones cuya urgencia lo requiera y que resulten ser inaplazables, pudiéndose en esos supuestos prescindir de la comunicación a la comunidad y de esperar su respuesta.*

*Ello resulta aplicable a supuestos excepcionales en los que el deficiente estado de un elemento común requiera una reparación que no admita dilación o a aquellos casos en los que la reacción de la comunidad se retrase más allá de lo admisible, ostentando derecho al reembolso de las cantidades abonadas el comunero que afrontó las reparaciones en aquellos supuestos en los que, atendidas las circunstancias concurrentes, resulte ser razonable que el mismo las hubiere afrontado sin atenerse a lo establecido en el artículo 7-1 de la Ley de Propiedad Horizontal, por ser justificable que el comunero asumiere esa reparaciones urgentes e inaplazables sin comunicación previa a la comunidad o sin esperar su decisión al respecto.*

**2. SAP Almería, Sección 3.ª, 49/2012, de 6 de marzo, ECLI:ES:APAL:2012:128**

Un comunero de una comunidad de propietarios no constituida formalmente, había pagado la reparación de seis pilares y dos jácenas del garaje común y reclamaba a los demás copropietarios su contribución al gasto. La Audiencia desestimó la acción de reembolso porque la reparación se había decidido y ejecutado unilateralmente, llegando a afirmar que, incluso si se aplica el régimen de propiedad horizontal, el propietario no puede ejecutar por su cuenta obras necesarias y urgentes sin haber comunicado previamente esa necesidad, afirmando que, en ausencia de administrador, debía haberse comunicado a los demás copropietarios.

Es significativo el siguiente pasaje de dicha sentencia: *En cuanto a la urgencia de la obra acometida, no resulta de la prueba practicada, siendo que el informe del perito, Don Dionisio, ya había detectado en 1.999 oxidación en las armaduras de los pilares del sótano. Ello conllevaría la inviabilidad de la acción de reembolso ejercitada por el actor, siquiera por la vía del art 397 CC al no haber existido consentimiento de los demás condueños. Si aplicamos la normativa de la LPH en concreto del art 7 también le estaría vedado al actor realizar las obras de reparación necesarias y urgentes sin haberlo comunicado antes, y se entiende en el presente no al administrador pues no existe sino al resto de los copropietarios.*

**3. SAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, 157/2010, de 10 de junio, ECLI:ES:APSS:2010:74**

La propietaria de una vivienda había ejecutado obras sobre fachada, mirador y vigas, elementos comunes, reclamando a la comunidad el coste de esas obras. La Audiencia rechazó su reclamación, declarando que las

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

reparaciones urgentes deben ser ordenadas por el presidente o administrador; lo que puede hacer el propietario es exigir que se realicen las obras necesarias y urgentes, pero la sola urgencia no faculta al propietario a realizar obras en elementos comunes salvo que el administrador no actúe o la urgencia sea tal que no admita demora.

Es significativo el siguiente pasaje de dicha sentencia: *Cuando la reparación sea de carácter urgente, el Administrador, como encargado de atender a la conservación y entretenimiento normal de la casa, tiene competencia para disponerla, si bien habrá de dar cuenta inmediata de ella al Presidente o, en su caso, a los propietarios. artículo.20.c LPH.*

*La urgencia, no legitima al propietario para adoptar medidas sobre elementos comunes, sino que debe comunicar la necesidad de las mismas al Administrador, quien deberá ocuparse de la reparación.*

*Si el Administrador no tomare las medidas oportunas, o la urgencia fuera tal, cabe plantear su consideración como gestión de negocios parcialmente ajenos, y si el comunero es el directamente perjudicado por la situación de urgencia, podría éste tomar las medidas oportunas, con obligación de reembolso por parte de la Comunidad.*

## IV. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 16/2016 DE 02 DE FEBRERO

En este contexto de jurisprudencia menor contradictoria, el Tribunal Supremo vino a zanjar dicha controversia, en su meritada sentencia nº 16/2016 de 02 de febrero, recaída en el recurso de casación por interés casacional nº 2904/2013 [ECLI:ES:TS:2016:329 y Cendoj:28079110012016100023], siendo Ponente el Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, estableciendo la siguiente doctrina jurisprudencial: *Sólo procederá el reembolso por la Comunidad de Propietarios al comunero que haya ejecutado unilateralmente obras en zonas comunes cuando se haya requerido previamente al Secretario-Administrador o al Presidente advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de aquéllas. En el caso de no mediar dicho requerimiento, la Comunidad quedará exonerada de la obligación de abonar el importe correspondiente a dicha ejecución. No quedará exonerada si la Comunidad muestra pasividad en las obras o reparaciones necesarias y urgentes*.

Como vemos, la sentencia del Tribunal Supremo es partidaria de la tesis más restrictiva en cuanto al ejercicio de dicho derecho de reembolso por el comunero, condicionándolo a dos requisitos esenciales y cumulativos a partir de la interpretación que realiza del artículo 7.1 de la LPH:

1. Que se trate de "obras o reparaciones" urgentes y necesarias. Por tanto, no le es dable al comunero realizar cualquier obra exenta de permiso de la junta de propietarios de las que vienen contempladas por el artículo 10.1 a) LPH, aunque sean útiles, sino sólo aquellas que sean urgentes y necesarias.

Por "urgentes" considero aquellas que no admitan demora en su realización bajo riesgo cierto de causar o estar ya causando daños en personas y/o bienes. Y por "necesarias" aquellas que sean precisas en un grado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

indispensable para evitar que la cosa común pueda causar o siga causando tales daños. Por tanto, las obras que admitan demora sin que ello suponga peligro para la Comunidad deben tramitarse por los cauces comunitarios ordinarios.

2. Que se haya requerido previamente al Secretario-Administrador o al Presidente advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de tales obras y la Comunidad mostrara pasividad en su realización.

Respecto a lo que deba entenderse por "pasividad" en la ejecución de las obras, considero que hay que referirlo a un plazo acorde a las circunstancias, pues habrá obras o reparaciones que, por su propia naturaleza y envergadura, requerirán un plazo mayor de respuesta por la Comunidad y otras uno menor, por lo que habrá de estarse a cada caso concreto.

En su consecuencia, fuera de estas categorías, las demás obras que contempla el artículo 10.1 a) LPH, aunque estén exentas de previo permiso de la junta general de propietarios y sean útiles a la Comunidad, no devengarán a favor del comunero que las realice un derecho de reembolso frente a ésta.

En este punto, la sentencia analizada descarta en el apartado sexto de su fundamento jurídico segundo que pueda invocarse por el comunero la doctrina del enriquecimiento injusto como fundamento de su pretensión al reembolso, por el simple hecho de que se trate de una obra útil a la comunidad que le ha supuesto a ésta un enriquecimiento a costa de un correlativo empobrecimiento de aquél. Declara la sentencia que para la aplicación de esta institución de creación jurisprudencial (ya contemplada expresamente por el Derecho Romano y las Partidas) debería existir un enriquecimiento "sin causa", por lo que no resulta de aplicación cuando el enriquecimiento trae causa por imponerlo una relación jurídica o, como ocurre en este caso, por una disposición legal (sentencias del Tribunal Supremo de 8 julio 2003, 27 septiembre 2004 , 27 octubre 2005 y 18 noviembre 2005), y la obra, además, se ha llevado a cabo a espaldas de la comunidad.

## V. ESTUDIO DE LA APLICACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA POR LA STS Nº 16/2016 DE 02 DE FEBRERO

El Tribunal Supremo ha mantenido en su integridad dicha doctrina jurisprudencial, sirviendo de guía a la jurisprudencia menor que la ha venido aplicando a la luz de la diversa casuística surgida tras su proclamación.

A continuación, se realiza un breve recorrido de algunas sentencias relevantes de Audiencias Provinciales, que permitirá conocer cómo han interpretado en cada caso concreto los requisitos del derecho de reembolso del comunero fijados por la doctrina jurisprudencial del TS:

### 1. SAP Málaga 696/2018, Sección 4.ª, 12 de noviembre, ECLI:ES:APMA:2018:1293

Resultado: deniega el reembolso

El propietario de un local reparó por su cuenta el forjado de la cubierta comunitaria, tras desprenderse el techo del local, reclamando el gasto sufrido a la Comunidad. Aunque el Tribunal estimó acreditado que pudiera

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tratarse de una reparación necesaria y urgente, no se probó por el propietario que hubiera comunicado previamente del problema al administrador o su presidente, ni que la comunidad hubiese tenido oportunidad de actuar, por lo que deniega el derecho de reembolso.

La Audiencia recalca que no cabe apreciar pasividad comunitaria si la comunidad no conocía ni el daño ni su urgencia. La mera reclamación posterior de las facturas no reemplaza el requerimiento previo exigido por la STS 16/2016 de 2 de febrero.

**2. SAP Madrid 313/2019, de 19 de septiembre, ECLI:ES:APM:2019:8690**

Resultado: deniega el reembolso

La AP rechazó el reembolso del gasto ocasionado por la sustitución de un saneamiento enterrado ejecutada unilateralmente por el propietario de un local. La obra ya estaba realizada cuando las comunidades tuvieron conocimiento de ella. Además, no se acreditó que fuese reparación necesaria, ni que estuviera comprendida en la orden municipal invocada. La Sala también declara que admitir el reembolso en esas circunstancias permitiría a cualquier propietario decidir unilateralmente qué obras comunes acometer, cómo realizarlas, a qué profesionales encargarlas y qué coste imponer a los demás.

**3. SAP Castellón, Sección 3ª, 793/2020, de 22 de diciembre, ECLI:ES:APCS:2020:704**

Resultado: confirma el reembolso íntegro del importe satisfecho por el comunero

Los propietarios adelantaron el coste de reparar las tejas de la cubierta común del edificio y solicitaron su reembolso a la Comunidad. La AP declaró acreditados el carácter urgente y necesario de la reparación, las comunicaciones previas a la comunidad, la pasividad de esta y el pago efectivo por los propietarios.

La sentencia aplica la STS 16/2016 de 2 de febrero y reconoce el derecho al reembolso íntegro de lo satisfecho, considerando también que no debía descontarse de lo reclamado la cuota de participación de los propietarios que anticiparon el gasto: la comunidad debía reembolsarles el importe pagado, sin perjuicio de la distribución comunitaria que corresponda.

**4. SAP de Huelva, Sección 2.ª, 459/2022, de 19 de julio, ECLI:ES:APH:2022:495**

Resultado: rechaza el reembolso

La sentencia desestima el derecho de reembolso de la obra realizada sobre la terraza-cubierta por la comunera, revocando la sentencia de primera instancia que había reconocido parcialmente la cantidad que costó dicha obra, y absuelve a la comunidad en base a que no hubo comunicación fehaciente previa al administrador o presidente, que no se probó una urgencia real y que la obra excedía de lo indispensable, al incluir sustitución de solería según la decisión de la propietaria.

Así mismo, la sentencia excluye la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto por las mismas razones que la STS 16/2016 de 2 de febrero, al considerar que no se produce tal enriquecimiento cuando, como

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

acontece en este caso, existe la LPH que justifica la causa de dicho enriquecimiento y la reparación, cuyo reembolso se solicita por el comunero, se ha hecho a espaldas de la comunidad. De este modo, no puede convertirse la doctrina del enriquecimiento injusto como una vía para sortear las disposiciones imperativas de la LPH.

### 5. SAP Cádiz 334/2022, Sección 2.ª, 14 de septiembre, ECLI:ES:APCA:2022:2205

Resultado: rechaza el reembolso de gastos asumidos unilateralmente por los comuneros

Varios propietarios pretendían que la comunidad les reconociera créditos por gastos de limpieza, seguro, suministros, desatascos, averías y reparaciones que habían pagado durante años por su cuenta.

La sentencia aplica la doctrina jurisprudencial de la STS 16/2016 de 2 de febrero a estos gastos comunitarios declarando que no basta el hecho de que fueran útiles o de interés general, ya que los propietarios no pueden prescindir de los órganos de la comunidad y gestionar unilateralmente sus servicios y gastos, salvo que concurran las circunstancias excepcionales de urgencia, requerimiento y pasividad que fija la citada doctrina jurisprudencial del TS.

### 6. SAP Baleares 413/2022, Sección 3.ª, 25 de octubre, ECLI:ES:APIB:2022:2686

Resultado: deniega el reembolso de la impermeabilización; reconoce los daños privativos

Una propietaria reparó e impermeabilizó por su cuenta una cubierta-terraza comunitaria de uso privativo, tras la aparición de humedades y filtraciones en su vivienda, reclamando a la Comunidad el reembolso del gasto de impermeabilización, así como una indemnización por los daños sufridos en el interior de su vivienda a consecuencia de dicha filtración procedente de un elemento común.

La AP negó el reembolso de la obra común (impermeabilización de la cubierta-terraza comunitaria) porque no se acreditó que hubiera comunicado previamente al administrador la existencia de las filtraciones, la necesidad de intervenir ni la intención de realizar la reparación. Tampoco consideró acreditada una situación de necesidad apremiante y urgente, en particular porque las humedades venían produciéndose desde hacía más de un año.

Sin embargo, la sentencia de la AP mantuvo la responsabilidad de la comunidad por los daños ocasionados en el interior de la vivienda, al tener su origen en un elemento común (la cubierta terraza comunitaria de uso privativo).

### 7. SAP Las Palmas 492/2024, Sección 3.ª, 1 de julio, ECLI:ES:APGC:2024:1935

Resultado: reconoce el reembolso

Los propietarios de un local detectaron un grave deterioro en pilares y vigas estructurales, con pérdida de capacidad resistente y riesgo de desmoronamiento. Remitieron burofaxes al presidente y administrador,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

acompañados de informe técnico, y posteriormente repararon cuatro pilares y dos vigas ante la inacción de la comunidad.

La AP consideró probado el requerimiento previo al Administrador con los burofaxes enviados por los propietarios, aunque no hubieran sido recogidos, pues la Comunidad no podía beneficiarse de su propia falta de diligencia. También la Sala apreció urgencia objetiva por el riesgo estructural y pasividad comunitaria.

La AP declara que el mero apuntalamiento hubiera sido una medida provisional adecuada, pero no una solución permanente, obligando así al propietario a soportar indefinidamente el riesgo, por lo que consideró justificada en este caso la reparación definitiva llevada a cabo por los propietarios sobre dichos elementos comunes estructurales.

En su consecuencia, la AP reconoce el reembolso del coste de reparación y de los honorarios técnicos directamente vinculados al proyecto y dirección de la obra.

Vemos, por tanto, cómo, en este caso, particular, la AP consideró que el derecho de reembolso incluía la reparación definitiva de los pilares y vigas comunes por los comuneros, sin necesidad de circunscribirse sólo a una reparación provisional, como hubiera sido el apuntalamiento, y ello debido a que con esta solución provisional hubiera seguido subsistiendo la acreditada situación de riesgo para personas y/o bienes.

### 8. SAP Huelva 554/2024, Sección 2.ª, 24 de julio, ECLI:ES:APH:2024:430

Resultado: deniega el reembolso

La propietaria de una vivienda realizó una obra para corregir filtraciones y humedades que atribuía al mal estado de la fachada, reclamando judicialmente a la Comunidad el reembolso del importe del gasto de la reparación.

La AP distingue con precisión entre el art. 10 LPH, que determina qué obras de conservación corresponden a la comunidad; y el art. 7 LPH, interpretado por la STS 16/2016, de 2 de febrero, que regula bajo qué requisitos el propietario que ejecuta por sí mismo una obra común puede reclamar su reembolso.

La reclamación fue desestimada porque no se acreditó un requerimiento fehaciente anterior a la comunidad por parte del propietario ni una pasividad comunitaria posterior. También se valoró que las humedades existían desde hacía tiempo, lo que debilitaba la alegación de urgencia inmediata.

Corolario de dicho recorrido jurisprudencial es que en este tema ha primado la función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico de la que es garante el Tribunal Supremo, pues a partir de la doctrina sentada en su sentencia 16/2016, de 2 de febrero, las Audiencias Provinciales han tenido un criterio claro y uniforme de interpretación acerca de cuáles son los requisitos para que proceda el ejercicio del derecho de reembolso por parte del comunero.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## VI. CONCLUSIONES

**1º.** El derecho de reembolso frente a la Comunidad de Propietarios del comunero que ejecuta unilateralmente obras y/o reparaciones en elementos comunes venía aplicándose por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, antes del año 2016, a partir de una interpretación del artículo 7.1 en relación con el 10.1 a) LPH, si bien había dos corrientes jurisprudenciales divergentes en función de los requisitos más flexibles o más restrictivos ligados al ejercicio de dicho derecho. Por una parte, la postura laxa consideraba que las obras urgentes y necesarias realizadas en elementos comunes, cuando beneficiaban a la comunidad, debían ser reembolsadas al comunero aunque este no las hubiera comunicado previamente al secretario-administrador o al presidente. Por otra parte, la otra corriente, más restrictiva, consideraba que el comunero no podía reclamar el reembolso de las obras ejecutadas en elementos comunes, aunque fueran necesarias y urgentes, si no había requerido previamente al secretario-administrador o al presidente para su realización, advirtiéndoles de su necesidad y urgencia. Solo si, tras ese requerimiento, la comunidad permanecía pasiva o demoraba injustificadamente la actuación exigible por las circunstancias, podía el comunero ejecutar por sí mismo la obra y reparación estrictamente necesaria y repercutir su coste a la comunidad.

**2º.** Esta divergencia jurisprudencial de las Audiencias Provinciales se zanjó a partir de la importante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 16/2016, de 2 de febrero, la cual, en su función normofiláctica, propia de la sede casacional, acogió la tesis restrictiva, fijando una doctrina jurisprudencial que circunscribe el ejercicio del derecho de reembolso a que se trate de obras o reparaciones urgentes y necesarias, que no admitan demora y que se haya requerido por el comunero previamente al Secretario-Administrador o al Presidente de la Comunidad advirtiéndoles de la urgencia y necesidad de tales obras y la Comunidad hubiera mostrado pasividad en su realización.

Esta misma sentencia del TS excluye como fundamento del derecho de reembolso la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, pues aunque pueda beneficiarse la comunidad de una obra útil y necesaria a costa del comunero que la ha abonado, aunque no se trate de una obra urgente y necesaria y no haya mediado el requerimiento previo al Administrador o al Presidente, dicha doctrina exige que no exista causa de tal enriquecimiento, por lo que no resulta de aplicación cuando dicha causa existe, bien por proceder de una relación jurídica o, como ocurre en este caso, resulte de la propia LPH, que veda la posibilidad del comunero de realizar obras en elementos comunes, aunque sean útiles y beneficiosas a la Comunidad, si no son urgentes y necesarias y si no ha mediado previo requerimiento para su realización al Administrador o al Presidente de la Comunidad y ésta ha mostrado pasividad.

**3º.** Dicha doctrina jurisprudencial del TS, que no ha variado, ha venido siendo aplicada de forma reiterada por las Audiencias Provinciales a partir del año 2016, estableciendo que el derecho de reembolso del

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

comunero tiene carácter excepcional y subsidiario: sólo procede cuando por el mismo ha habido un requerimiento previo al secretario-administrador o al presidente de la comunidad exigiéndoles la realización de las obras, que la Comunidad haya mostrado pasividad en su realización y que se trate de obras en elementos comunes urgentes, cuya demora pueda ocasionar daños en personas y/o bienes, así como las estrictamente necesarias para subsanar la situación de peligro creado, por lo que no se incluyen dentro del derecho de reembolso obras de mayor calado, cuya ejecución pueda ir por los cauces normales comunitarios sin riesgo para la comunidad (esta delimitación debe atender, no obstante, a las circunstancias del caso y a la suficiencia real de las medidas provisionales), ni tampoco obras que reporten utilidad o beneficio a la comunidad, pero que no sean urgentes ni necesarias, ya que, de lo contrario, cualquier comunero podría imponer a los demás las obras que hay que realizar en los elementos comunes, su coste y con qué profesionales, lo que resulta contrario a las normas democráticas sobre mayorías que rigen en este tipo de decisiones comunitarias.

## VII. RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA CITADA EN ESTE TRABAJO.

### Sentencias del Tribunal Supremo

SSTS núm. 16/2016, de 2 de febrero, STS de 8 de julio de 2003, STS de 27 de septiembre de 2004, STS de 27 de octubre de 2005, STS de 18 de noviembre de 2005.

### Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP Madrid, Sección 19.ª, de 4 de noviembre de 2013; SAP Málaga, Sección 4.ª, núm. 229/2014, de 16 de mayo; SAP Almería, Sección 3.ª, núm. 138/2008, de 26 de septiembre; SAP Huelva, Sección 1.ª, de 19 de enero de 2000; SAP Madrid, de 9 de marzo de 1993; SAP Madrid, de 10 de marzo de 1993; SAP Burgos, Sección 2.ª, núm. 9/2002, de 4 de enero; SAP Pontevedra, Sección 5.ª, de 22 de marzo de 2000; SAP Navarra, Sección 1.ª, núm. 235/2012, de 28 de noviembre; SAP Almería, Sección 3.ª, núm. 49/2012, de 6 de marzo; SAP Guipúzcoa, Sección 3.ª, núm. 157/2010, de 10 de junio; SAP Málaga, Sección 4.ª, núm. 696/2018, de 12 de noviembre; SAP Madrid núm. 313/2019, de 19 de septiembre; SAP Castellón, Sección 3.ª, núm. 793/2020, de 22 de diciembre; SAP Huelva, Sección 2.ª, núm. 459/2022, de 19 de julio; SAP Cádiz, Sección 2.ª, núm. 334/2022, de 14 de septiembre; SAP Baleares, Sección 3.ª, núm. 413/2022, de 25 de octubre; SAP Las Palmas, Sección 3.ª, núm. 492/2024, de 1 de julio; SAP Huelva, Sección 2.ª, núm. 554/2024, de 24 de julio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# INTERNAMIENTO FORZOSO ESTUDIO DE LA REGULACIÓN LEGAL. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN VERSE CONCULCADOS Y VISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA ENCONTRAR REMEDIOS

*Rosa Marta Pablos Violeta*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón

**SUMARIO:** *I. El internamiento forzoso. 1. Concepto 2. Clases II. Estudio de la regulación legal. 1. Derecho internacional. 2. Derecho europeo 3. Derecho español III. Derechos fundamentales que pueden verse conculcados. IV. Visión del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para encontrar remedios. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. EL INTERNAMIENTO FORZOSO

### 1. Concepto

No existe en nuestro ordenamiento un concepto jurídico que defina el internamiento, por ello, debemos acudir al concepto gramatical.

La RAE define el internamiento como la acción y efecto de internar o internarse, especialmente, en establecimientos como un hospital, una clínica o una prisión, mientras que internar es disponer o realizar dicho ingreso. Será forzoso cuando no media la voluntad o el consentimiento de la persona internada porque no quiere o no puede prestar su consentimiento.

En ocasiones, concurren circunstancias que hacen necesario disponer el ingreso de una persona, ya sea urgente o no, sin su voluntad o incluso contra su voluntad, ya por razón de trastorno mental grave y para su tratamiento, por razones hospitalarias o terapéuticas o, incluso, por una necesidad social.

En definitiva, el internamiento tiene como finalidad aplicar medidas o terapias necesarias para la persona cuando no pueden realizarse de forma ambulatoria.

### 2. Clases

Podemos clasificar los internamientos atendiendo a diferentes criterios como la voluntariedad, la urgencia, la finalidad o la persona sobre la que recae el internamiento, incluso acordarse como una medida cautelar.

Los internamientos voluntarios no plantean problema alguno, la persona presta su consentimiento al ingreso. La regulación se encuentra en la Ley 41/2002 de autonomía del paciente[1], (desarrollada por las Comunidades Autónomas), cuyos principios básicos son la autonomía de la voluntad y el previo consentimiento.

[1] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE» núm. 274, de 15/11/2002, artículo 2 y 8.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Los internamientos involuntarios, ya sea en un centro hospitalario u otro lugar, por la falta de consentimiento del interesado o por la imposibilidad de prestarlo (problemas de salud mental o razones sanitarias de urgencia o necesidad[2]) necesitan autorización judicial para garantizar los derechos y libertades de la persona.

## II. ESTUDIO DE LA REGULACIÓN LEGAL

La regulación legal del internamiento se encuentra en diferentes normas, tanto de naturaleza internacional como nacional, y diferentes organismos han emitido recomendaciones con la finalidad de tutelar y garantizar los derechos y libertades de las personas privadas de libertad por razones terapéuticas.

### 1. Derecho internacional

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España en 1977,[3] con fundamento en los principios de la Carta de las Naciones Unidas y el reconocimiento de la dignidad inherente a todas las personas y de sus derechos, iguales e inalienables.

*Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta,* artículo 9, y toda persona detenida debe ser informada de las razones de su privación, debiendo ser llevadas, sin demora, ante el juez, y posibilidad de recurrir esta situación.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU en la Resolución A/HRC/36/L.25 sobre salud mental y derechos humanos[4] recuerda la obligación de los Estados de ajustar las políticas de salud mental a las normas internacionales de derechos humanos.

La Resolución 49/2019 de la Asamblea de las Naciones Unidas[5] estableció la primacía del consentimiento libre, previo e informado en los tratamientos médicos, salvo circunstancias excepcionales de riesgo grave o emergencia. La reclusión debe obedecer a estrictos criterios médicos, exigiendo autoridades independientes para la revisión de los ingresos y la tramitación de quejas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad o Convención de Nueva York, ratificada por España en 2007[6], tiene como propósito *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Se incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.* No menciona las medidas

[2] Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas-Especiales en Materia de Salud Pública. BOE núm. 102, de 29/04/1986.

[3] Nueva York, 19 de diciembre de 1966. Ratificado por España y publicado en el BOE núm. 103, de 30/04/1977. BOE-A-1977-10733.

[4] 36º periodo de sesiones, 26 de septiembre de 2017.

[5] Adoptada el 17 de diciembre de 1991.

[6] Instrumento de Ratificación. BOE» núm. 96, de 21/04/2008, firmado el 30 de marzo de 2007.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

involuntarias, pero, el artículo 14. 1 impone a los Estados asegurar que, *las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*.

## 2. Derecho europeo

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa y ratificado por España en 1977[7], tiene por objeto la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la Jurisdicción de los Estados firmantes.

El artículo 5.1 reconoce el derecho de toda persona *a la libertad y a la seguridad*, *nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley*, incluyendo la enajenación. El artículo 5.4 establece que, *toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal*.

El Convenio para la Protección de los Derechos humanos y Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, llamado *Convenio de Oviedo*[8], tiene como finalidad proteger la dignidad e identidad del ser humano y garantizar su integridad, derechos y libertades fundamentales con respecto a la biología y medicina.

La intervención sanitaria requiere el consentimiento, libre e informado, de la finalidad, la naturaleza, los riesgos y las consecuencias. Si no puede expresarlo procederá la intervención cuando sea en su beneficio directo y la ausencia conlleve grave riesgo para la salud, y siempre con supervisión y control, artículos 5, 6, 7 y 8[9]. En situaciones de urgencia cuando sea indispensable para la salud.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa emite Recomendaciones, no vinculantes, dirigidos a los Estados miembros sobre políticas públicas. En 2004, aprobó la Recomendación *sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales*, y en particular quienes deban ser objeto de

[7] De 4 de noviembre de 1950, Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010. BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

[8] Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, conocido en el ámbito internacional cómo Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias. Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE» núm. 251, de 20/10/1999.

[9] Nicolás Pérez, Pilar. El Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y biomedicina La génesis parlamentaria de un ambicioso proyecto del Consejo de Europa. Revista de las Cortes Generales, nº 40 Primer cuatrimestre 1997. pág. 129-154. DOI: https://doi.org/10.33426/rcg/1997/40/935.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ingreso o tratamientos involuntarios, siendo necesario buscar alternativas atendiendo a su naturaleza terapéutica. En 2006, estableció un Plan de Acción (2006-2015) para promover los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la plena participación de las personas con discapacidad[10].

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió en 2019 una Resolución, *Poner fin a la coerción en salud mental: la necesidad de un enfoque basado en los derechos humanos*[11].

### 3. Derecho español

#### a) Antecedentes históricos y legislativos hasta la Constitución de 1978

En nuestro derecho el internamiento forzoso o involuntario se ha centrado, fundamentalmente, en el trastorno mental o psiquiátrico, evolucionando según los cambios sociales y políticos y dando lugar a cambios en la regulación.

La norma general en la Edad Media era la exclusión, será en el siglo XIX cuando el ingreso por trastornos psiquiátricos se delegó en las instituciones de beneficencia.

La Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 estableció las bases de un régimen público de beneficencia, encomendándolo a los Ayuntamientos y Diputaciones, promulgándose una ley en 1822[12].

La intervención del Estado en los establecimientos de beneficencia y en la creación de establecimientos específicos para los denominados *enfermos mentales*, se produce en 1849[13]. Se publicaron varios Reales Decretos, en 1885[14], con normas y procedimientos formales para el internamiento de los denominados *dementes*, con requisitos médicos y judiciales como un certificado médico y con el deber de informar al juez.

Durante la República, en 1931[15], se modernizó y profesionalizó la atención sanitaria de los enfermos psiquiátricos estableciéndose tres tipos de internamiento, el voluntario, el médico en caso de urgencia y el gubernativo o judicial para supuestos especiales. La *Ley de vagos y maleantes* de 1933 pretendió tratar a personas con comportamientos considerados antisociales y que fue modificada en 1954[16].

---

10 Rec (2004)10 de 22 de septiembre de 2004. Rec (2006)5 de 5 de abril de 2006.

11 Resolución 2291(2019) de 26 de junio de 2019.

12 Ley de 23 de enero /6 de febrero de 1822.

13 Ley sobre establecimientos de beneficencia de 20 de junio de 1849, Gaceta de Madrid» núm. 5398, de 24 de junio de 1849 y Reglamento aprobado en Real Orden de 14 de mayo de 1852.

14 Real Decreto de 19 de mayo de 1885 aprobó, Gaceta de Madrid nº 141 de 21 de mayo de 1885 estableció las reglas generales de ingreso en manicomios del Estado y privado. Real Decreto de 12 de mayo de 1885 aprobó el Reglamento Orgánico del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, Gaceta de Madrid nº 135 de 15 de mayo de 1885.

15 Decreto del Ministerio de la Gobernación para la asistencia del enfermo psíquico de 3 de julio de 1931. Gaceta de Madrid nº 188 de 7 de julio de 1931, pág. 186 a 189, sobre asistencia a enfermos mentales.

16 Ley de vagos y maleantes, Gaceta de Madrid nº 217, de 5 de agosto de 1933.
Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2ª y 6ª de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, BOE nº 198, de 17 de julio de 1954.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La ley sobre peligrosidad y rehabilitación social de 1970[17] incluía a los enfermos mentales abandonados y sin tratamiento como destinatarios de medidas de seguridad , derogada parcialmente en 1978 y definitivamente en 1995[18].

**b) La Constitución Española**

La Constitución Española reconoce la libertad y la integridad física y moral como derechos fundamentales y la obligación de los poderes públicos de atender a las personas con discapacidad[19], con sujeción a los principios de legalidad e intervención judicial.

El artículo 49 de la Constitución, tras su reforma[20], reconoce que las personas con discapacidad ejercen los derechos fundamentales en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, con obligación de los poderes públicos de promover políticas que garanticen su plena autonomía personal.

**c) La reforma de 1983**

El Decreto de 1931 estuvo vigente hasta la reforma de 1983 y la nueva redacción del artículo 211 Código Civil[21], si bien solo reguló los internamientos psiquiátricos.

La regulación fue un gran cambio, con fuertes garantías jurídicas quedando la intervención médica en un segundo plano. *Requería previa autorización judicial, salvo razones de urgencia en cuyo caso se debía dar cuenta al Juez dentro del plazo de veinticuatro horas*.

La ley General de Sanidad de 1986[22] se ocupó de los aspectos médico-asistenciales de la salud mental y la hospitalización, pero sin referencia al concepto, causas, sujetos del internamiento o a los derechos del internado.

El artículo 211 del Código Civil se reformó en 1996[23] eliminando la mención al *presunto incapaz* y a la *incapacidad* y ampliándose a los menores de edad, pero no se solucionó su naturaleza de ley ordinaria[24], cuestión afeada por el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias, insertada la reforma una ley orgánica

---

17 Ley 16/1970, sobre peligrosidad y rehabilitación social, BOE nº 187, de 6 de agosto.

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

19 Artículos 17, 15 y 49 de la Constitución Española.

20 Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024, BOE nº 43, de 17 de febrero de 2024.

21 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983, páginas 28932 a 28935. El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.
Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4º, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.

22 Artículo 20 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102, de 29/04/1986.

23 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. BOE-A-1996-1069. Disposición Final duodécima.

24 Artículo 81 de la Constitución española *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

la Disposición final 23ª le atribuyó carácter de ley ordinaria. *El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

**d) Ley de Enjuiciamiento Civil**

La promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el 2000, derogó el artículo 211 del Código Civil y lo sustituyó por el artículo 763[25] de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial.*

*La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*

Tratándose de menores *se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

*Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.*

*En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso,*

[25] Disposición derogatoria única .2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Ref. BOE-A-2000-323.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.*

La nueva regulación no solucionó ni la indeterminación jurídica del concepto de internamiento ni estableció las personas podían instar el internamiento. A su vez, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional[26] la naturaleza de ley ordinaria de la norma pero no declaró la nulidad, este defecto legislativo se subsanó en 2015[27].

***e)* De *lege ferenda***

El Grupo Parlamentario Socialista ha presentado una proposición de ley orgánica de reforma de la tramitación de los internamientos involuntarios[28] para la adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La regulación debe garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, asegurar el pleno respeto a los derechos fundamentales y cumplir determinadas garantías fundamentales como la constatación objetiva del trastorno mediante informe médico cualificado, la existencia de una perturbación de suficiente entidad que lo justifique, una limitación en el tiempo y su revisión, control judicial efectivo, audiencia del afectado, asistencia letrada y posibilidad de recurso.

Se distingue entre el internamiento por motivos asistenciales, orientado a cuidados de larga estancia, el de fines terapéuticos y por último el de urgencia vital. Establece la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad para los internamientos asistenciales o terapéuticos y en el caso de urgencia vital la persona deberá estar representada y asistida por abogado.

## III. DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN VERSE CONCULCADOS

Los derechos fundamentales que pueden verse conculcados en los internamientos no voluntarios son diversos, el derecho a la libertad, a la información, a la asistencia letrada, a la tutela judicial efectiva o el derecho a la integridad física o moral.

El derecho a la libertad y seguridad contenido en el artículo 17.1, *nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*, resultó incompatible con la regulación existente en 1978. El Decreto de 1931 vulneraba la prohibición de establecer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, del artículo 25.3 de la Constitución, con contravención del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[26] Sentencia nº 132/2010, de 2 de diciembre.

[27] Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[28] Boletín oficial de la Cortes Generales, 4 de mayo de 2026, nº 328-1 pág. 1.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El artículo 24 de la Constitución recoge el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas, sin exclusión por motivo de trastornos psíquicos. Se han producido frecuentes condenas por vulnerar tanto el derecho a la asistencia letrada del internado, consecuencia de no facilitar su asistencia ni informar del derecho, como por no informar de los motivos por los cuales se ha producido el internamiento, todo lo cual puede producir indefensión en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Garantizado constitucionalmente los derechos a la defensa y asistencia letrada, el derecho a un proceso con todas las garantías y a los medios de prueba para la defensa, se han entendido vulnerados cuando se han confirmado internamientos sin exploración personal mediante videoconferencias y sin asistencia letrada.

El derecho fundamental a la vida y la integridad física y moral, artículo 15 de la Constitución, sin que, en ningún caso una persona pueda ser sometida a tratos inhumanos o degradantes puede verse conculcado en los internamientos ante la imposición de medicación o inmovilizaciones sin consentimiento o autorización judicial.

## IV. VISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA ENCONTRAR REMEDIOS

### 1. Antecedentes: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido, para el internamiento de una persona con enajenación mental, demostrar, ante la autoridad competente y a través de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real y con amplitud suficiente para legitimar el internamiento, que no podrá prolongarse si no subsiste el motivo, siendo por ello obligado su control[29]. Y que las personas con trastornos mentales tienen derecho a que se examine judicialmente, con rapidez, la legalidad y la prórroga del internamiento, demostrándose que la enajenación o, en su caso, la persistencia, es grave. La enajenación deberá acreditarse por un dictamen pericial medico objetivo. Esta doctrina reiterada en diferentes sentencias[30].

La sentencia de 6 de noviembre de 2025[31] consideró que no se realizó un examen exhaustivo de la privación de libertad de la demandante y el procedimiento no cumplió con las garantías procesales efectivas contra la detención arbitraria, vulnerando el artículo 5.1.e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos[32]. Considera que la ratificación del internamiento careció de las garantías procesales oportunas, el médico forense debió examinar personalmente al paciente, elaborar un informe propio y razonado y explicando por qué no se aplicaron medidas menos gravosas, debió respetarse la voluntad manifestada del internado de asistencia

[29] Sentencia 6301/1973 de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) ECLI: CE: ECHR: 1979:10.

[30] Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido, ap. 7215/75, ECLI: CE: ECHR:1981:1105JUD000721575) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti c. Italiam ap. 9019/80, ECLI: CE: ECHR:1984:0223JUD000901980).

[31] caso BMC contra España https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-245702%22]}.

[32] Derecho a la libertad y la seguridad personal.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

letrada, el juez debió oírlo personalmente con exclusión de medios telemáticos que limitan la comunicación y la inmediación, con preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, sobre todo si no interviene un letrado del internado en la entrevista. Debió garantizarse la notificación de la decisión al paciente, sin delegar esta obligación en el personal sanitario.

**2. Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre los internamientos no voluntarios, ya sea con ocasión de recursos de amparo o de cuestiones de inconstitucionalidad, tal como veremos a continuación.

**a) Sentencia de la Sala Segunda nº 112/1988, de 8 de junio**

Resuelve el Tribunal un recurso de amparo frente a la resolución que acordaba el traslado de la recurrente a un centro psiquiátrico denegando implícitamente su solicitud de poner término al internamiento[33]. Razona que la privación de libertad por orden judicial en un establecimiento psiquiátrico debe respetar las garantías para la protección del derecho fundamental a la libertad, interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales, artículo 10 de la Constitución, y con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El internamiento de urgencia debe cumplir unas condiciones mínimas que garanticen su finalidad sin ser arbitrario.

**b) Sentencia del Pleno nº 129/1999, de 1 de julio**

El párrafo segundo del artículo 211 del Código Civil fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad[34], en la redacción dada por la Ley 13/1983. Se cuestiona, por un lado, la infracción del artículo 24.1 de la CE por permitir el internamiento sin posibilidad de defensa y oposición del afectado, vulnerando los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y al uso de los medios de prueba pertinentes; por otro lado, la falta de norma procesal para sustanciar el internamiento; y por último que la regulación debe revestir forma de Ley orgánica.

El Tribunal Constitucional consideró que el derecho a la libertad personal también alcanza a quienes son objeto de internamiento involuntario, al ser una privación de libertad solo puede acordarse por la autoridad judicial. El internamiento será conforme a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando concurren las condiciones sentadas por la Sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1979, y en el artículo 211 del Código Civil, esto es, autorización judicial, examen de la persona y dictamen de facultativo, salvo que, por razones de urgencia, pero con conocimiento de la autoridad judicial, e información sobre la continuación.

[33] Sentencia 112/1988, de 8 de junio, Sala Segunda. ECLI:ES:TC: 1988:112 (BOE núm. 152 de 25 de junio de 1988).

[34] SENTENCIA 129/1999, de 1 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1999) ECLI:ES:TC:1999:129. El Magistrado don Pablo García Manzano presentó un voto particular.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Respecto al procedimiento, considera el Tribunal, que la tramitación debe acomodarse a las disposiciones de la jurisdicción voluntaria. (artículos 1.811 a 1.824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigentes) en un proceso en el que se garantice suficientemente la defensa y oposición del afectado, la intervención del Ministerio Fiscal, de un facultativo o de cualquier persona con derecho o interés, y la práctica de prueba.

Sobre la naturaleza de Ley ordinaria considera que el *precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1.* Si bien, considera la constitucionalidad del precepto por contener normas procedimentales y no regular el derecho a la libertad personal que requeriría rango de ley orgánica.

**c) Sentencias del Pleno nº 131/2010 y nº 132/2010, de 2 de diciembre**

La primera sentencia trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigesimotercera de la Ley orgánica 1/1995, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Señala nuevamente que, el internamiento forzoso por trastorno psíquico afecta a una materia con reserva de ley orgánica, por aplicación del artículo 81.1 de la Constitución, no siendo suficiente una ley orgánica si, a su vez, esta atribuye al precepto carácter de ley ordinaria. Sin embargo, no anuló la norma al considerar que *crearía un vacío legal* no deseable y que el contenido material no había sido cuestionado.

La segunda sentencia trata la inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y analiza el derecho a la libertad personal y la reserva de ley orgánica. Reitera su doctrina al decir que, la regulación afecta directamente a un derecho fundamental y debe regularse por ley orgánica. El Tribunal tampoco anuló la norma argumentando nuevamente el vacío jurídico no deseable instando al legislador a subsanar este defecto legislativo.

**d) Sentencia de la Sala Segunda nº 141/2012, de 30 de julio de 2012**

La resolución trae causa de un recurso de amparo[35] por vulneración del derecho a la libertad personal, con ocasión del internamiento urgente no voluntario del recurrente, donde había sido dictada una resolución judicial tardía por el transcurso de más de 72 horas para el reconocimiento judicial, sin información al interesado de los derechos de defensa y de prueba, y si motivación suficiente en la resolución dictada.

Dice la sentencia que la existencia de un trastorno psíquico, transitorio o permanente, debe ser objeto de diagnóstico clínico, *sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad*, una vida más o menos bohemia o desordenada no es motivo suficiente para privar a nadie de libertad.

[35] ECLI:ES:TC: 2012:141 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Tribunal declara vulnerado el derecho a la libertad personal, hubo un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo improrrogable para la ratificación del internamiento durante el cual el recurrente estuvo privado ilegalmente de su libertad. Se aprecia una afectación en el derecho a la defensa por la falta de notificación de sus derechos en el procedimiento, de la ausencia de práctica de pruebas médicas pertinentes y de la falta de designación de abogado. Se afirma que la resolución ratificando el internamiento carece de la motivación reforzada necesaria como medida privativa de la libertad personal.

Establece como garantías del internamiento las siguientes: sujeción a control judicial, con la autorización a priori o a posteriori con la ratificación en el plazo de 72 horas hábiles desde la comunicación; motivación suficiente de resolución; audiencia del interesado con derecho a ser informado de su situación, ser oído en el procedimiento y ser notificado inmediatamente de la resolución dictada.

**e) Sentencia de la Sala Segunda nº 182/2015, de 7 de septiembre**

El Ministerio Fiscal promovió recurso de amparo en relación con las resoluciones dictadas en un procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario por vulneración de la libertad personal[36]. El internado es un menor de edad que ingresa de forma voluntaria en un centro hospitalario, se solicita ratificación judicial de la medida y se excede el plazo legal.

El alto Tribunal considera que no puede mantenerse a una persona confinada si no se ha confirmado la medida antes de la expiración del plazo, mientras que la determinación del *dies a quo no puede quedar a expensas de factores volubles e indeterminados, como el reparto de asuntos o la ausencia de servicios de guardia en el juzgado, pues ello es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad*.

**f) Sentencias de la Sala Primera nº 13/2016, de 1 de febrero y de la Sala Segunda nº 34/2016, de 29 de febrero**

Las sentencias se dictaron a propósito de ingresos no voluntarios en residencias geriátricas o asistenciales.

La nº 13/2016[37] resuelve un recurso de amparo ante una medida de internamiento urgente por trastorno psíquico, en concreto por un síndrome de Diógenes y deterioro cognitivo. Concluye que se ha producido una vulneración del artículo 17.1 de la CE por incumplirse el plazo de comunicación al juzgado, plazo improrrogable de 24 horas desde el ingreso, la comunicación debió realizarse por el responsable del centro conteniendo los motivos que lo justificaban y el fundamento de la resolución debió ser el informe médico acreditativo del trastorno psíquico y la necesidad de tratamiento, pero no un informe de los servicios sociales.

La Sentencia nº 34/2016[38] resuelve también un recurso de amparo con motivo de un ingreso urgente por trastorno psíquico. Aclara que, no es posible regularizar un internamiento involuntario producido sin

[36] ECLI:ES:TC: 2015:182 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 2015).
[37] ECLI:ES:TC: 2016:13 (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 2016).
[38] ECLI:ES:TC: 2016:34 (BOE núm. 85, de 08 de abril de 2016).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

autorización judicial y prolongado en el tiempo ya que estamos ante la vulneración de un derecho fundamental y no de una formalidad administrativa. Por otro lado, consideraba que, no se trata de un padecimiento nuevo sino de uno que ya existía, de esta forma no puede considerarse urgente la autorización del internamiento. En ambos casos, lo que procede es la libertad y la provisión de protección mediante el procedimiento de incapacitación (actualmente provisión de las medidas de apoyo).

**g) Sentencia de la Sala Segunda nº 22/2016, de 15 de febrero**

La sentencia trae causa de un recurso de amparo promovido por el Ministerio Fiscal ante un internamiento urgente por trastorno psíquico[39]. La afectada había ingresado voluntariamente pero cuando interesó la externalización del tratamiento los facultativos solicitaron la autorización para un internamiento no voluntario. La solicitud fue ratificada y no se permitió a la afectada estar asistida por letrado, pese a su expresa solicitud.

El Tribunal otorgó el amparo por vulneración del derecho a la libertad y a un proceso con todas las garantías, sin que la posibilidad de recurrir en apelación legitime la vulneración de tal derecho. La sentencia aclara la doctrina sobre el contenido y alcance del derecho de asistencia jurídica en este tipo de procedimientos.

**h) Sentencia de la Sala 1ª nº 34/2016, de 29 de febrero**

En este caso el Ministerio fiscal promovió un recurso de amparo respecto de un procedimiento de internamiento no voluntario de una anciana enferma de Alzheimer, ingresada previamente en un centro sociosanitario en el que se consideró no ser necesaria resolución alguna por cuanto ya estaba ingresada. Sin embargo, el alto Tribunal considera que se vulneró el derecho a la libertad por haber sido adoptada de oficio, en el proceso de incapacitación, una medida cautelar de internamiento para proteger la situación personal de la internada. Se aclara la doctrina sobre el procedimiento adecuado para un internamiento por trastorno psíquico no urgente[40].

**i) Sentencia de la Sala Primera nº 50/2016, de 14 de marzo**

El recurso de amparo fue promovido por el Ministerio fiscal frente a las resoluciones dictadas en un procedimiento sobre internamiento por trastorno psiquiátrico no voluntario sin contar el internado con defensa jurídica.

En aplicación de la doctrina contenida en la sentencia 22/2016, la Sentencia[41] se afirma que *el órgano judicial, al optar por poner fin al proceso dictando el auto de ratificación de manera inmediata, descuidó la efectividad del derecho a la asistencia jurídica, generando no sólo indefensión, sino también una lesión del derecho a la libertad personal de la internada.* Esta vulneración se reconduce a la lesión del derecho a la libertad. El derecho a la asistencia jurídica de la persona internada requiere siempre la actuación, en su nombre, de un

[39] ECLI:ES:TC: 2016:22 (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2016).
[40] ECLI:ES:TC: 2016:34 (BOE núm. 85, de 08 de abril de 2016).
[41] ECLI:ES:TC: 2016:50 (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

representante procesal y un defensor. En este tipo de procedimientos es *una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, en que la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión* (Sentencia nº 189/2006).

**j) Sentencia de la Sala Primera nº 132/2016, de 18 de julio**

El asunto es sustancialmente idéntico al resuelto por la sentencia nº 34/2016, antes vista, al interesarse el internamiento no voluntario de una anciana que ya estaba ingresada en un centro sociosanitario.

El Tribunal Constitucional[42] otorga el amparo por vulneración del derecho a la libertad personal, pero no estima el motivo alegado de error en la tramitación porque las resoluciones apreciaron fundadamente la no concurrencia de los requisitos necesarios para regularizar un internamiento involuntario ya materializado. La vulneración del derecho a la libertad personal radica en no haberse instado de oficio un proceso de incapacitación, en cuyo seno se debió adoptar la medida cautelar de internamiento.

**k) Sentencia de la Sala Segunda nº 84/2018, de 16 de julio**

Interpuesto recurso de amparo el Tribunal resuelve sobre la vulneración del derecho a la libertad personal en un procedimiento donde se acuerda por resolución judicial una medida de internamiento no voluntario subsiguiente al levantamiento de la prisión provisional sin que exista norma legal al respecto[43].

La sentencia afirma que el ingreso en el centro psiquiátrico penitenciario, cuando comenzó a cumplir la medida de seguridad tras la desestimación del recurso de casación, puede considerarse como una prisión encubierta y no le es aplicable la referencia a otros motivos legales contenida en el artículo 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como justificante del aplazamiento de la excarcelación pues, constituye tan solo una remisión a la que debe ser, en cada caso, la verdadera norma de cobertura de la medida. Así, siguiendo la doctrina contenida en la sentencia nº 217/2015 se declara que, al no existir una norma orgánica que habilite de forma expresa el aplazamiento de la excarcelación tras una sentencia absolutoria con la imposición de una medida de seguridad de internamiento penitenciario, que no ha ganado firmeza, constituye una medida limitativa del derecho a la libertad personal carente de cobertura legal.

**3. Tribunal Supremo**

**a) Sentencia de la Sala de lo Civil nº 4/2016, de 26 de enero**

La sentencia[44] se pronuncia sobre la reclamación por error judicial con fundamento en la ausencia de asistencia letrada y del Ministerio Fiscal en el acta de audiencia del interesado previa a la autorización del

[42] ECLI:ES:TC: 2016:132 (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016).
[43] ECLI:ES:TC: 2018:84 (BOE núm. 199, de 17 de agosto de 2018).
[44] ECLI:ES:TS: 2021:3276.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

internamiento involuntario, resolución que posteriormente fue declarada nula por omisión de la información del derecho a contar con abogado y procurador.

Considera el Tribunal que el hecho de que la Audiencia Provincial estimara el recurso de apelación anulando el auto no determina por si sola la existencia del error ya que exige demostrar el desacierto de la resolución y además ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, arbitraria o con equivocación rotunda. El error judicial como fundamento del resarcimiento por el Estado de los daños causados por la resolución judicial precisa que carezca manifiestamente de justificación y acreditar la relación de causalidad entre el error imputado y el daño alegado como sufrido, que también debe probarse. La recurrente no acreditó de qué modo la asistencia de abogado habría podido evitar el internamiento.

**b) Sentencia de la Sala Civil nº 589/2021, de 8 de septiembre**

La presente sentencia fue la primera en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la aplicación de la Ley 8/2021 de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[45]. Señala que sobre las medidas de apoyo el juez debe tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad. En los casos en los que existe una clara necesidad asistencial por un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las relaciones con otras personas, como el síndrome de Diógenes, se justifica la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas y con respeto a su autonomía, incluso en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno provoca una situación que impide tomar conciencia de su situación.

**c) Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo, de 10 de mayo de 2022**

La sentencia confirmó la sanción a una magistrada por desatender la revisión de un ingreso psiquiátrico involuntario, durante un turno de guardia en día festivo al no ratificar ni turnar la comunicación, superando el plazo legal para su ratificación. Los derechos fundamentales deben primar frente a la organización administrativa del órgano judicial sin que existan motivos para su incumplimiento.

**d) Sentencia de la Sala Penal nº 1046/2025, de 17 de diciembre**

Considera la sección 1ª de la Sala de lo Penal que una persona[46] con trastorno mental no puede ser privada de su libertad a menos que se cumplan tres condiciones mínimas: primera, debe demostrarse de manera confiable, mediante pruebas médicas especializadas, que sufre un verdadero trastorno mental; segunda, el trastorno debe ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio; y la tercera, la validez del confinamiento continuo depende de la persistencia de dicho trastorno. Las causas enumeradas en el Convenio

[45] ECLI:ES:TS: 2021:3276.
[46] ECLI:ES:TS: 2025:6060.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Europeo de Derechos Humanos, artículo 5, habilitan para la privación de libertad y deben interpretarse de forma estricta. El trastorno debe ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio, ya sea porque necesita terapia, medicación o por tratamiento clínico. Por último, el momento en el que debe establecerse la necesidad del internamiento es la fecha de adopción de la medida privativa de libertad.

## 4. Remedios, presupuestos, requisitos y tutela de los derechos fundamentales

El sistema debe regirse por los principios de dignidad personal, de legalidad, de necesidad con indicación terapéutica, de proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido, de temporalidad y de garantía asistencial.

La regulación debe estar informada y contener las siguientes derechos y principios:

a. Derecho a la información sobre las causas de la intervención, derechos del paciente y vías de reclamaciones y recursos.
b. Derecho a presentar reclamaciones y quejas y a entablar un recurso judicial.
c. Derecho a la asistencia jurídica y del representante legal del paciente.
d. Derecho a la intimidad, confidencialidad de datos sanitarios y privacidad
e. documentación de actuaciones y de fiscalización.

Atendiendo a las disposiciones vigentes y la jurisprudencia el internamiento forzoso requiere como presupuesto fundamental la existencia de una alteración real de la salud mental, diagnosticable, duradera y de suficiente gravedad que justifique medidas especiales, excluyendo las *meras rarezas o conflictos sociales*. En segundo lugar, se precisa una falta de juicio de la persona para decidir por sí misma, no encontrándose en condiciones de consentir o decidir sobre su tratamiento, no es suficiente un mero diagnostico psiquiátrico sino también traducirse en conductas que demuestren que la persona ha perdido su capacidad de decisión. Sin embargo, el artículo 763 de la Ley de enjuiciamiento civil no relaciona los motivos clínicos concretos, salvo la mención al concepto genérico de *trastorno psíquico*. En tercer lugar, se requiere una necesidad terapéutica y riesgo para sí o terceros, atendiendo a un criterio de proporcionalidad, siendo necesario para evitar un peligro o un mal mayor, al propio paciente u otras personas. Tanto las normas internacionales como la doctrina consideran la necesidad del riesgo grave de un daño inmediato o inminente y la necesidad de tratamiento, el riesgo debe ser cierto. También, se contemplan aquellos casos en los que aún sin existir riesgo es necesario proporcionar un tratamiento que no puede proporcionarse sino mediante un ingreso forzoso.

En definitiva, el internamiento será la *última ratio,* ante la falta de otro tratamiento eficaz para controlar el peligro o atender la necesidad médica, por ello, debe verificarse la concurrencia de riesgo mediante informe médico para autorizar el ingreso.

Por último, la temporalidad y el control periódico determinan que la duración del internamiento ha de ser el estrictamente necesario y cesar cuando desaparecen las causas que lo motivaron. Tanto el Tribunal

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Constitucional y como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en esta cuestión, por ello, se imponen revisiones para determinar si debe prolongarse el internamiento y si persiste la alteración mental que lo justificó, permitiendo al propio internado solicitar el cese de la medida.

## V. CONCLUSIONES

El internamiento no voluntario ha carecido y carece de una completa regulación en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante afectar a diferentes derechos fundamentales, el derecho a la libertad, a la integridad física y moral, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías o al derecho de información.

Fundamentalmente los internamientos no voluntarios afectan, en su gran mayoría, a situación derivadas de trastornos psíquicos, sobre todo en situaciones de urgencia donde no es posible recabar autorización judicial y, actualmente, en mayor número a los internamientos denominados geriátricos.

Históricamente se ha pasado de modelo con escaso control a la exigencia de una intervención judicial inmediata junto a un procedimiento garantista.

La Constitución de 1978 hizo que fuera precisa una regulación de esta institución, pero fue en 1983 cuando se derogó la normativa vigente que databa de la Segunda República, regulando el internamiento no voluntario, pero solo respecto a los presuntos incapaces, en el artículo 211 del Código Civil.

Con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, año 2000, quedó derogado el artículo 211 del Código Civil pasando a regularse en el artículo 763 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Esta regulación paso a exigir la existencia de un trastorno psíquico, autorización judicial y valoración médica previa cuando la persona no está en condiciones decidir, salvo razones de urgencia cuando la ratificación judicial se realizará en el plazo de 72 horas desde la comunicación por el centro donde se encuentra el internado. Se garantiza el control judicial y la revisión de la medida. También se menciona el internamiento de menores de edad requiriendo un informe de los servicios sociales.

No se establece ni la entidad del trastorno ni las causas para que proceda el internamiento, siendo la jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Constitucional, la que ha establecido la gravedad, la entidad y la necesidad para evitar un peligro tanto para la persona como para terceros o incluso si no existe otro modo de aplicar el tratamiento necesario.

El Tribunal Constitucional ha fijado los contornos de esta medida y ha completado los requisitos que deben concurrir para su adopción sin vulnerar derechos fundamentales. Ha puesto de manifiesto la necesidad de una regulación que respete el principio de legalidad, la motivación reforzada de las resoluciones, la pronta revisión judicial y el derecho de información del afectado.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha incidido en la responsabilidad de los operadores en el cumplimiento de los plazos y las formalidades del procedimiento.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Es pilar fundamental el respeto del derecho a la libertad y la dignidad de la persona, que han de interpretarse conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales, tal como dispone el artículo 10 de la Carta Magna.
Nos encontramos ante una autentica privación de libertad y como tal ha de ser regulada por Ley orgánica, lo que no se hizo hasta la reforma de 2015.
La resolución judicial que acuerde el internamiento debe estar suficientemente motivada, en caso contrario se afecta tanto el derecho a la libertad como el derecho a la tutela judicial efectiva. Ha de posibilitarse la asistencia letrada de la persona, cuya ausencia no se convalida con la posibilidad de recurrir la resolución que lo acuerda.
En definitiva, el internamiento no voluntario debe ser el último recurso, una medida excepcional, no solo para el tratamiento de los enfermos psiquiátricos sino para cualquier otra clase de internamiento, como los geriátricos. Las nuevas propuestas en materia de salud mental apuestan por fortalecer los derechos del paciente internado, asegurar asistencia letrada desde el primer momento, y desarrollar más los tratamientos ambulatorios involuntarios como alternativa menos restrictiva en ciertos casos. Ha de encontrarse un equilibrio entre la autonomía del individuo y su protección en momentos de crisis.
No podemos olvidar lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Constitución, *los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles.*

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez García, H. (2023). La tutela de la libertad personal en los internamientos no voluntarios en centros geriátricos. Revista de Derecho Político, (117), 277–310.
Arribas-López Eugenio. Sobre los internamientos no voluntarios por trastornos psíquicos asociados a la edad, Revista Aranzadi doctrinal, BIB 2017/10538, nº 1 enero 2017 pp. 1-12.
Barrios Flores, L. F. (2012). El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 32(116), 829-847.
Cabañas García, Carlos. Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal.
De Verda y Beamonte, José Ramón. El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho Español. Disponible en https://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/38.pdf (consultada en agosto de 2026).
German Urdiola, M.ª Jesús y otros, (2025) Humanización de las medidas involuntarias en pacientes de salud mental tras la convención de los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/251-humanizacion-de-las-medidas-involuntarias-en-pacientes-

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de-salud-mental-tras-la-convencion-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.html#3-contrato-de-ulises (consultada en agosto de 2026).

Gutiérrez Luna, M. Internamiento involuntario de incapaces. Circunvalación del Hipocampo, septiembre 2009 [Consulta: 2 de marzo de 2026]. Disponible en https://www.hipocampo.org/originales/original0006.asp. (consultada en agosto de 2026).

Ibáñez Bernáldez, M. y Casado Blanco, M. (2018). Internamiento no voluntario del paciente psiquiátrico: normas legales y aspectos críticos. Medicina de Familia. SEMERGEN, 44(2), 125-130.

Moretón Sanz, María Fernanda. Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntario en centros geriátricos. Revista de Derecho UNED, núm. 7, 2010.

Navarro-Michel, Mónica. El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. Revista de Bioética y Derecho, nº 45 Barcelona 2019. versión On-line ISSN 1886-5887.

Ortuño Navalón, Carmen. A propósito de los tratamientos médicos forzosos. Su inadecuada judicialización con base en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Revista Jurídica Valenciana. Revista internauta de práctica jurídica. Núm. 33 y 4, any 2017, pág. 49-60.

Paramo de Santiago, Casto. Internamiento involuntario urgente por trastorno psíquico. Revista Ceflegal, nº 179 (diciembre 2015)-págs. 177-184).

Prados García, Celia. El ingreso involuntario en el contexto de los Derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Editorial Dykinson-2023.

Sánchez Barrilao, J. F. (2013). Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental. Revista de Derecho Político, 1(87).

Sánchez Calero Arribas, Blanca. El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. Editorial Tirant lo Blanch-2023.

Vico Fernández, Gema. Régimen Jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ADC, tomo LXXII, 2019, fasc. 1, pp. 101-160.

Zamora Segovia, María Luisa. Régimen legal de los internamientos involuntarios. Doctrina del Tribunal constitucional. Ed. Plan Estatal de Formación Continua 2024. Cuadernos digitales de Formación, nº 1. Año 2024.

Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011.

Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad. BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2022, páginas 18260 a 18279.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# CRITERIOS E INDICIOS QUE EL JUEZ NACIONAL DEBE VALORAR PARA DECLARAR LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA QUE INCLUYE COMO ÍNDICE EL IRPH, CONFORME A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

*Daliana Tomey Soto*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. El IRPH: Naturaleza, tipos y método de cálculo. III. Criterios e indicios del control de transparencia de la cláusula IRPH. IV. Criterios e indicios del control de abusividad de la cláusula IRPH. V. Integración sistemática de los criterios de transparencia y abusividad en el IRPH. VI. Situación actual después de las SSTS de Pleno 1590/2025 y 1591/2025, de 11 de noviembre. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) es un índice o tipo de interés de los que más controversia ha generado en los últimos años en la contratación de préstamos hipotecarios en España. Aunque tiene carácter oficial, su uso en muchos contratos ha generado un gran debate jurídico que aún perdura, sobre todo en cuanto a su transparencia y abusividad por la posible existencia de un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Una de las principales dificultades ha sido identificar el IRPH en el contrato, al no describirse como "Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios" (acrónimo IRPH) ya que, en la mayoría de las escrituras, se redactaba como: *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años,* interpretable como "TMPH" y no como IRPH, lo que hacía más difícil al consumidor, identificarlo en la escritura de préstamo.

Por ello, el ordenamiento europeo ha reforzado la protección del consumidor frente a cláusulas no negociadas, obligando al juez nacional a examinar de oficio la falta de transparencia y abusividad. La jurisprudencia europea exige la información clara sobre el funcionamiento del IRPH, teniendo que adaptar el TS sus criterios a los del TJUE.

## II. EL IRPH: NATURALEZA, TIPOS Y MÉTODOS DE CÁLCULO

Su origen se remonta a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que, en su *Disposición adicional segunda*, estableció: *El Banco de España (…) definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable (…)*[1]. Esta D.A. fue desarrollada por la Circular 5/1994, de 22 de julio a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular

[1] Normativa actualmente derogada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que encargó al BdE definir y publicar los tipos de referencia oficiales para préstamos hipotecarios a interés variable. La Circular definía su naturaleza como *tasas anuales equivalentes. (…) Su simple utilización directa (…) implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado*[2]. En el caso del IRPH Bancos y conjunto de entidades esta naturaleza TAE es estricta, por ello la Circular recomendó la aplicación de diferenciales (%) negativos[3].

De la descripción se deducen los 3 tipos de IRPH: *a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. (…)*[4]. O sea, a) IRPH Bancos, b) IRPH Cajas y c) IRPH Entidades.

La definición y cálculo de los 3 IRPH es igual**:** *una media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de los préstamos hipotecarios a más de tres años*[5], utilizando la TAE declarada por cada entidad**.** La alusión a *los principales* significa que cada préstamo se pondera según su importe o cantidad. En cualquier caso, es una fórmula matemática compleja, por eso muy pocos consumidores han logrado entender que el IRPH era en realidad una TAE y por ello ha sido superior al Euribor.

## III. CRITERIOS E INDICIOS DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA IRPH

Para sistematizar los parámetros que el juez debe valorar para apreciar la posible falta de transparencia se analizará la STS 1590/2025, de 11 de noviembre y las SSTJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18), 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23). La STS 1590/2025 constituye un hito interpretativo, pues fija una metodología clara y secuencial para el análisis de la cláusula IRPH. En ella se distinguen dos fases: (i) el control de transparencia y, solo si este no se supera, (ii) el control de abusividad. El TS insiste en que no existe una solución uniforme para todos los préstamos, y no se puede presumir en general, ni la transparencia ni su falta. La transparencia exige que el consumidor medio (normalmente informado, atento y perspicaz), comprenda realmente el método de cálculo del IRPH. También debe entender sus consecuencias económicas, potencialmente significativas en la economía del préstamo. Si no existe esa comprensión real, la cláusula puede no superar el control de transparencia, lo que abre la puerta al control de abusividad.

[2] Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
[3] En el Anexo IX de la Circular se contenían esos diferenciales negativos.
[4] Circular 5/1994, de 22 de julio. Definición triple que da el Anexo VIII de la Circular.
[5] Ídem.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

A partir de ello pueden identificarse los parámetros para valorar la posible falta de transparencia:

**1)** Marco normativo aplicable al tiempo del contrato. De estas normas dependen las obligaciones de información que tenía el profesional, hay que verificar el importe del préstamo y su fecha, pudiendo darse tres situaciones:

a) Que sea aplicable la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Circular 5/1994.
b) Que sea aplicable la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012.
c) Que sea aplicable sólo la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y protección de consumidores. Cuando el préstamo queda fuera del ámbito de la Orden de 1994 por su fecha (préstamos anteriores al 9/12/2007) o cuantía (el capital exceda de 150.253,03 euros/25.000.000 pesetas).

**2)** Entrega de folleto informativo y referencia al diferencial (en adelante %) negativo: En función del marco normativo aplicable se pueden dar las tres siguientes posibilidades:

a) Préstamo sujeto a la Orden de 5 mayo de 1994, sí prevé la entrega del Folleto (Anexo I.3: modalidad del tipo de interés fijo/variable y plazo de revisión), así como la alusión al % negativo de la Circular 5/1994.

- Entrega o no del Folleto: si no se entregó, habrá que determinar si en la negociación, esa omisión o no entrega, pudo ser suplida por la información que se diera al prestatario por otros medios.
- Referencia sobre el % negativo: al consumidor le es más fácil entender que el IRPH es una TAE, y puede concluir que el IRPH es un interés mayor. Si se omitió la referencia al % negativo, puede ser irrelevante pero siempre que la información dada remitiera a la Circular 5/1994 y el consumidor pudiera consultarla. O si se fijaba un 1º período a tipo fijo, o la TAE de ese período, o cualquier otra referencia al concepto TAE, pero no puede considerarse como suficiente la omisión, si sólo se remite a la Circular 8/1990.

b) Préstamo sujeto a la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, no hay referencias al folleto ni al índice negativo.
c) Préstamos sujetos a las normas generales de la contratación, no hay previsión específica.

**3)** Conocimiento por el consumidor de la naturaleza, composición, valores del IRPH y su evolución. Se valora si el consumidor sabe que el IRPH es en realidad una media simple de TAE (formada por los tipos de interés, comisiones y gastos) y no un interés "puro" como el Euribor. O si conoció su evolución y comportamiento en el mercado.

Como regla general, la información se garantizará por la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los valores del IRPH que luego fueron publicados por el BdE. Pero la publicación de las Circulares en el BOE y de los valores del IRPH no suplen por sí sola la obligación de información, salvo que el banco

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

orientara eficazmente al consumidor para acceder a esa información. Esa orientación o remisión, no podía suponer un peregrinar jurídico o investigación exhaustiva[6] que resultara inviable o sumamente difícil de realizar por el consumidor.

**4)** Verificar la Información de la evolución y el último valor del IRPH que se haya dado.

Aunque la Orden de 5 de mayo de 1994 fuera la aplicable, los bancos no estaban obligados a entregar el histórico del IRPH, ni gráficos evolutivos ya que, esa información podía estar en otras fuentes accesibles conforme a las orientaciones que hubiera dado el banco, siendo suficiente que la información estuviera en la Circular 5/1994. Pero, para verificar el acceso a la información, no bastará con la mención de la Circular 8/1990 (no se publicó una versión consolidada), porque el consumidor no podría acceder al contenido de la última circular sin tener que investigar a fondo, lo que excede de una mera búsqueda.

**5)** Posibilidad de comparación entre otros préstamos a interés variable referenciados a otros índices, como Euribor. El consumidor debió poder comparar el IRPH con otros índices, aunque el banco no estuviera obligado a ofrecer alternativas.

Esta comparación es relevante porque el IRPH es una TAE y el Euríbor no, pudiendo influir en el coste total del préstamo. El consumidor debía ser consciente de esta diferencia aun cuando en muchas ocasiones, el % ofertado + IRPH hubiera sido inferior a los % comercializados en préstamos con Euribor. Esto es importante porque el hecho de añadir un % más bajo podría ser un indicio de que el IRPH ya era más elevado que el Euribor.

Fijados en general los indicios a valorar, podemos sistematizar la metodología secuencial para hacer el control de transparencia, siendo los siguientes:

1. Verificar transparencia formal: normativa aplicable, documentación precontractual, identificación del índice, accesibilidad pública, ausencia de remisiones oscuras.
2. Verificar transparencia material: comprensión real del funcionamiento del IRPH, su naturaleza TAE, composición, evolución, impacto económico y alternativas.
3. Analizar la información dada por el profesional: simulaciones, orientación eficaz y fácil para acceder a la evolución histórica, explicación del índice y su justificación.
4. Integrar la jurisprudencia del TJUE: comprensión del mecanismo de cálculo, previsibilidad del coste, explicación del funcionamiento y evolución.

[6] Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, el acceso a los tipos de interés, datos del BdE, INE, normativa y leyes publicados en el BOE puede resultar sencillo, a través de internet, pero en los años anteriores ese acceso era impensable, de ahí que se tenía que acudir a bibliotecas especializadas para acceder a esos datos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

5. Valorar los indicios de opacidad: ausencia de simulaciones, no explicar que el IRPH es una TAE, no facilitar evolución histórica o información accesible, presentar el índice como oficial y seguro, no justificar su elección.
6. Conclusión: determinar si el consumidor pudo comprender realmente el funcionamiento del índice y su impacto económico en el préstamo. Si no se comprueba ese conocimiento pleno y real, la cláusula no supera el control de transparencia.

Con esta sistematicidad podemos elaborar una "checklist" que sea operativa para los jueces a modo de plantilla o cuestionario a aplicar a cada préstamo a analizar:

1) Transparencia formal.
   a. ¿Qué régimen jurídico es aplicable al préstamo por su fecha y cuantía?
   b. ¿Se entregó la documentación precontractual exigible según las normas aplicables, informes y alusiones al diferencial (%) negativo?
   c. ¿Se identificó claramente el IRPH o se describía de forma ambigua o poco clara?
   d. ¿La información sobre el IRPH era accesible públicamente o había que hacer una investigación jurídica o peregrinar por bibliotecas específicas?
   e. ¿Había en el contrato remisiones oscuras, incompletas o difíciles de verificar?
2) Transparencia material.
   a. ¿El consumidor comprendió que el IRPH es una media simple de TAE, que incluye comisiones y gastos y que, por eso, es diferente al Euribor?
   b. ¿Conoció la evolución histórica y pudo prever el impacto económico del préstamo?
   c. ¿Pudo comparar, conoció otras alternativas y la razón de elegir el IRPH?
3) Información facilitada por la entidad bancaria.
   a. ¿Se orientó al consumidor de forma eficaz para acceder a la evolución histórica?
   b. ¿Se le explicó el funcionamiento del índice?
   c. ¿Se justificó por qué se eligió el IRPH para ese préstamo?
4) Jurisprudencia del TJUE.
   a. ¿Se cumple la exigencia de comprensión real del modo de cálculo?
   b. ¿El consumidor previó el coste total del préstamo?
   c. ¿Se explicó el funcionamiento y su evolución?
5) Indicios de opacidad.
   a. ¿Faltan simulaciones, no se facilitó evolución histórica?
   b. ¿No se explicó que el IRPH es una TAE?
   c. ¿Se presentó como índice oficial y seguro, se justificó su elección?

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

6) Conclusión a) ¿Pudo el consumidor comprender realmente el funcionamiento y consecuencias económicas del IRPH para su préstamo?

El conjunto de los criterios expuestos permite afirmar que la transparencia de una cláusula IRPH no puede darse siempre por sentada, ni negarse categóricamente. Hay que realizar un examen individual, conforme la legislación aplicable, la información dada y la comprensión real del consumidor sobre el funcionamiento y consecuencias económicas del índice. Sólo si la cláusula de IRPH no supera el control de transparencia es que se podrá someter al control de abusividad.

## IV. CRITERIOS E INDICIOS DEL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA IRPH

Si no se ha superado la transparencia, procede examinar si la cláusula puede considerarse abusiva[7]. La STS de Pleno 1591/2025, de 11 de noviembre, también fija un marco sistemático para valorar la abusividad. El control de transparencia es presupuesto necesario para valorar si existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, la STS 1591/2025 así lo expresa: *la falta de transparencia abre la puerta al control de contenido, pero no determina por sí sola la abusividad*.

De ahí que pueda considerarse este análisis previo, como parámetro número 1 en el control judicial de la posible abusividad de la cláusula. A partir de ese punto 1º, el análisis de abusividad debe articularse en torno a otro parámetro, el número 2, que es el aspecto temporal. Habrá que tener en cuenta el momento del contrato y todas las circunstancias concurrentes al conceder el préstamo, incluidas el resto de las cláusulas del contrato (como las comisiones por si existiera un riesgo de doble retribución por conceptos similares). Además, no se puede valorar la evolución posterior del IRPH, o comparar IRPH vs Euríbor para justificar abusividad, esto hay que analizarlo conforme al año de firma del contrato, cómo se desarrollaba el mercado hipotecario (por ejemplo, los años de la crisis económica), la normativa vigente, las prácticas bancarias habituales, y la información disponible para un consumidor medio.

Ese marco temporal sitúa al juzgador como observador y partícipe del momento del contrato y en una posición neutra para valorar el contexto. Enmarcado el espacio temporal del contrato, se deben apreciar otros dos elementos: 3) la contrariedad a las exigencias de buena fe y 4) la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, ambos deben concurrir cumulativamente.

3) Exigencia de la buena fe del profesional: Habrá que valorar si la entidad bancaria, podía estimar razonablemente que al ofrecer el préstamo al consumidor con IRPH (+ %), éste la hubiera aceptado conscientemente, asumiendo una posible mayor carga económica.

La buena fe también se analiza ex ante, en el momento del contrato e implica un comportamiento leal del profesional con el consumidor, no aprovecharse de la falta de información de éste, no introducir un índice más

[7] Artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y art. 82 Texto Refundido Texto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

oneroso sin justificación, no generar una apariencia de neutralidad u oficialidad que oculte su impacto económico. El TS mantiene que la buena fe del profesional no se presume por el simple hecho de que la cláusula utilice un índice oficial, ello no exime al profesional de su deber de actuar lealmente ni basta para descartar una eventual actuación abusiva. Por ello, la valoración de la buena fe debe realizarse caso por caso, atendiendo al grado de transparencia ofrecido al consumidor, su perfil y si este pudo entender el funcionamiento y consecuencias económicas del índice.

Asimismo, el juicio exige comparar el método de cálculo del IRPH, con los métodos generalmente utilizados en el mercado en la fecha del contrato, a fin de determinar si la elección del IRPH respondió a un comportamiento leal o introdujo una ventaja que el consumidor no habría aceptado razonablemente en una negociación individual. Como no hay presunción absoluta de buena fe, habrá que valorar si la entidad podía influir en su cálculo, si podía prever su evolución futura, si tenía información privilegiada, si ocultó información esencial, si introdujo la cláusula para obtener una ventaja injustificada, o aprovechó la asimetría informativa. La STS 1591/2025 afirma que no basta con un defecto informativo (no entregar la oferta vinculante), la mala fe exige algo más: una conducta objetivamente desleal. Si al analizar el contexto de la contratación, no se acredita mala fe, no habrá abusividad; pero si se acredita, habrá que analizar el siguiente punto.

4) Desequilibrio importante en detrimento del consumidor. Hay que valorar el tipo de interés que resulte efectivamente del IRPH + %. No es correcto valorar sólo el IRPH (porque no determina por sí solo el tipo de interés final) y su comparación con el Euribor.

Sin embargo, no puede obviarse que el propio método de cálculo del IRPH o del tipo de interés final (IRPH + %) puede crear un desequilibrio para el consumidor, sobre todo por el impacto que pueda tener sobre la evolución del índice en sí mismo o del tipo de interés final. En ese caso, es pertinente comparar el método de cálculo de los intereses ordinarios (cómo se calcula el IRPH) y el tipo efectivo de esos intereses (IRPH + %) con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, más concretamente, con los tipos de interés aplicados en el mercado (en la fecha del contrato) a otro préstamo de un importe y una duración similares a los del contrato que se analiza.

A su vez, habrá que valorar el conjunto de cláusulas sobre todo, el de las comisiones (por el riesgo de doble pago) y también las contrataciones (vinculaciones) exigidas muchas veces por los bancos para conceder un % más bajo de lo habitual, pues ello puede alterar la economía del contrato. Cierto es que muchas veces esas comisiones, o vinculaciones, pasan totalmente desapercibidas, pero forman parte esencial de la economía del contrato (influyen en el coste final), por ejemplo, imponer la contratación de algunos seguros/ productos de ahorro/inversión no obligatorios y muchas veces con la propia entidad, como condiciones para conceder un % más bajo, y en caso de no mantenerse esas vinculaciones, se penaliza al prestatario con la subida del %, cláusulas que deben revisarse para hacer el análisis.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Para desglosar la comparativa del método de cálculo y del tipo de interés final (IRPH + %) del préstamo con el de otros préstamos, se tendrá en cuenta estos aspectos:

- Los índices o tipos de referencia se supervisan por el BdE y se publican mensualmente en el BOE, por lo que son accesibles (en principio).
- Ha de analizarse el tipo final resultante (IRPH + %) al tiempo del contrato, más el Euribor + % usados. Solo así se obtiene la comparación real del coste de los préstamos a analizar. No puede tomarse como referencia sólo el IRPH y sólo el Euribor.
- Tampoco se puede analizar el posible tipo de interés final aplicando el % al Euribor en ese momento, porque no se sabe qué % se hubiera aplicado si el préstamo se hubiera referenciado al Euribor.
- Aunque se puede comparar con el tipo fijo del período inicial, lo más correcto es comparar las TAEs, porque precisamente esa es la naturaleza del IRPH.
- También puede compararse con los tipos sintéticos[8] y con los datos del INE[9] aunque puede no ser muy eficaz.

Al analizar el IRPH + % del préstamo, con los tipos de interés habituales del mercado a fecha del contrato, puede desvelarse que el préstamo tenga una mayor carga económica (que sea más caro), pero (según el TS) ello no significa que la cláusula sea abusiva.

Para poder concluir que lo es (sin controlar el precio que no se permite), la desproporción económica y el desequilibrio debe ser muy evidente, debiendo valorar caso por caso. Hay que tener en cuenta que el % aplicado (con IRPH o con Euribor) iba a estar condicionado por la valoración del riesgo, solvencia, capacidad económica del prestatario, garantías de pago, cuantía del préstamo, plazo de amortización, y la vinculación con otros productos a la entidad. En cuanto a las vinculaciones (seguros no obligatorios, productos de ahorro o inversión, etc.) habrá que tener en cuenta también la fecha del contrato y la normativa aplicable.

Antes del 2014 las vinculaciones no se prohibían expresamente, pero podían ser abusivas si imponían al consumidor obligaciones accesorias que alteraban el coste real del préstamo o limitaban su libertad contractual**,** generando un desequilibrio importante contrario a la buena fe. En el año 2014 se introdujo por 1ª vez en el ordenamiento europeo[10], una prohibición clara de las ventas vinculadas, regulada en España por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI, artículo 17). En este

[8] El Banco de España publica los Tipos sintéticos de intereses que permite conocer el tipo sintético mensual de los préstamos y créditos desde el año 2003, cuando se accede a la curva de "Préstamos y créditos (TAE)".

[9] En la información anual, proporciona los datos de los tipos de interés y el plazo medio de los préstamos otorgados por el Conjunto de Entidades, durante un año concreto, así como el de los préstamos otorgados por los Bancos y Cajas de Ahorro.

[10] Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. En su artículo 12 incluyó la prohibición expresa de las ventas vinculadas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

marco, si en un préstamo con IRPH el banco exigió productos vinculados para concederlo o para dar un % más bajo, esa práctica puede ser un indicio de desequilibrio**,** al imponer cargas económicas no necesarias y que condicionan el consentimiento del consumidor. Cuando esta imposición se combina con una falta de transparencia en la cláusula IRPH, el riesgo de abusividad se intensifica: el consumidor asume obligaciones que no habría aceptado libremente y que afectan al coste del crédito, pudiendo indicar un desequilibrio importante.

Fijados en general los indicios a valorar por el juez, podemos sistematizar la metodología a seguir para realizar el control de abusividad, siendo los siguientes:

1) Verificación de la falta de transparencia de la cláusula.
2) Verificación del tiempo de la contratación y normativa aplicable.
3) Buena fe del profesional. Se analiza ex ante, al momento del contrato, implica: no aprovecharse de la falta de información del consumidor, no introducir un índice más oneroso sin justificación, no generar una apariencia de neutralidad u oficialidad que oculte su impacto económico.
4) Desequilibrio importante. Si causa un desequilibrio relevante, atendiendo al coste económico real del préstamo, la posición jurídica del consumidor, la existencia de alternativas razonables, y el impacto del índice en la carga financiera del contrato. El desequilibrio no se presume, debe acreditarse.
5) Ventaja desproporcionada. Si la cláusula otorga a la entidad bancaria una ventaja económica que supera lo razonable en el ámbito de la contratación del préstamo.
6) Sacrificio económico no justificado. Si el IRPH impone al consumidor un sacrificio económico sin justificación objetiva, o el riesgo asumido por la entidad es menor.
7) Indicios de abusividad: Elección del IRPH sin justificación clara, sobre todo cuando había otras alternativas y posiblemente más económicas, presentación del IRPH como índice oficial o estable, con apariencia de neutralidad, aplicación IRPH + % que situaban el coste del préstamo por encima del mercado, ausencia de simulaciones comparativas, sobre todo cuando el IRPH resultaba especialmente desfavorable y no hubiera sido explicado al consumidor.

Con esta sistematicidad podemos elaborar una "checklist" que sea operativa para los jueces a modo de plantilla o cuestionario a aplicar a cada préstamo:

1. Presupuesto: a) ¿La cláusula no supera el control de transparencia?
2. Buena fe del profesional:
   a) ¿La entidad actuó de forma leal, o aprovechó la falta de información del consumidor?
   b) ¿Se presentó el IRPH como índice neutral u oficial sin explicar su impacto real?
   c) ¿Se ocultó o minimizó su naturaleza de TAE?
3. Desequilibrio importante:
   a) ¿El IRPH genera un coste notablemente mayor al que razonablemente podía prever el consumidor?

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

b) ¿El índice más el diferencial (%), sitúa el préstamo en menos favorable que las alternativas del mercado?
c) ¿El consumidor queda en una posición jurídica o económica más perjudicial y adversa?

4. Ventaja desproporcionada:
   a) ¿El uso del IRPH otorga al banco una ventaja económica superior en relación con el beneficio que obtiene el consumidor?
   b) ¿El sacrificio económico impuesto al consumidor no tiene justificación objetiva?
5. Conclusión:
   a) ¿La cláusula, valorada en conjunto, causa un desequilibrio importante contrario a la buena fe? Si la respuesta es afirmativa, la cláusula es abusiva y debe declararse nula, con los efectos restitutorios correspondientes.

El análisis al que debe llegarse para apreciar el eventual carácter abusivo, debe sustentarse en el incumplimiento del requisito de transparencia, y la comparación del método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios, y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo aplicados en el mercado en la fecha del contrato, comparado con un préstamo de un plazo e importe similares o equivalentes a aquel, y que de ello se derive ausencia de buena fe, y desequilibrio importante en detrimento del consumidor. El control de abusividad de la cláusula IRPH exige un análisis individualizado, la STS 1591/2025 establece que la abusividad no se presume por el mero uso del IRPH, pero sí puede apreciarse cuando la falta de transparencia ha impedido al consumidor comprender el impacto económico en el contrato y ello ha generado una ventaja para la entidad. Solo en estos casos procede declarar la nulidad de la cláusula y aplicar los efectos restitutorios previstos en la normativa vigente.

## V. INTEGRACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS CRITERIOS DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN EL IRPH

La doctrina del TJUE y del TS expuesta, exige que el análisis de la cláusula que incorpora el IRPH se articule mediante un doble control secuencial, en el que la transparencia constituye un presupuesto necesario para valorar la posible abusividad. Ambos controles no operan de forma aislada, sino que están estrechamente relacionados, de modo que, los indicios apreciados en el 1º condicionan y delimitan el alcance del 2º.

En 1º lugar, el control de transparencia tiene por objeto determinar si el consumidor pudo comprender el funcionamiento del índice, su naturaleza de TAE, su método de cálculo, su evolución histórica y su impacto económico en el préstamo. Exige una comprensión real y no meramente formal, que implica que el consumidor haya podido prever razonablemente el coste total del contrato y comparar el IRPH con otros índices habituales del mercado. Si esta comprensión no se acredita, la cláusula no supera el control de transparencia y se abre la puerta al examen de abusividad. Ahora bien, la falta de transparencia no determina automáticamente la abusividad. La superación del 1º control únicamente habilita al juez para valorar si concurren los elementos del art. 3.1 de la Directiva 93/13: contrariedad a las exigencias de buena fe y desequilibrio importante en

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

perjuicio del consumidor. Por ello, el análisis de abusividad debe construirse sobre los indicios detectados en el control de transparencia, pero sin confundirse con él.

En 2º lugar, el control de abusividad exige reconstruir el contexto de la contratación, atendiendo al tiempo de su celebración, a las prácticas bancarias de la época, al nivel de información disponible para un consumidor medio y al conjunto de cláusulas del contrato. Este análisis ex ante impide valorar la evolución posterior del IRPH o compararlo retrospectivamente con el Euríbor, lo relevante es determinar si, al contratar, el profesional actuó conforme a las exigencias de buena fe y si la cláusula generaba un desequilibrio que el consumidor no habría aceptado en una negociación individual.

La interrelación entre ambos controles se manifiesta en que muchos de los indicios de falta de transparencia (como la ausencia de explicación sobre la naturaleza TAE del IRPH, la falta de orientación eficaz para acceder a su evolución histórica o la presentación del índice como oficial y seguro) pueden ser relevantes también para valorar la buena fe del profesional. Sin embargo, la apreciación de mala fe requiere algo más que un defecto informativo: exige constatar una conducta objetivamente desleal, como introducir un índice más oneroso sin justificación, aprovechar la asimetría informativa o configurar el tipo de interés de forma que el consumidor no pudiera prever su carga económica. Finalmente, el desequilibrio importante debe valorarse atendiendo al tipo de interés efectivo resultante (IRPH + %), a las comisiones aplicadas y a las condiciones del mercado en la fecha del contrato.

No basta con constatar que el IRPH era históricamente superior al Euríbor; es necesario determinar si la configuración concreta del préstamo generaba una ventaja injustificada para el profesional. En suma, la transparencia y la abusividad forman un sistema integrado: la 1ª actúa como filtro y la 2ª como juicio de contenido. Solo la combinación de ambos controles permite determinar si la cláusula IRPH fue válidamente incorporada y si produjo un desequilibrio contrario a la buena fe.

## VI. SITUACIÓN ACTUAL DESPUÉS DE LAS SSTS 1590/2025 Y 1591/2025, DE 11 DE NOVIEMBRE

Aunque pudiera pensarse que la litigiosidad entorno al IRPH va a disminuir, lo cierto es que el debate sigue vivo, recientemente se ha planteado una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE por el Auto de fecha 11 de marzo de 2026, de la Sección Civil 15ª del Tribunal de Instancia de Palma. Este auto incide directamente en los criterios de transparencia y abusividad aplicables al IRPH y constata que el consumidor no recibió información suficiente para comprender su naturaleza de TAE, su método de cálculo ni su comportamiento histórico. Tampoco se facilitó la Circular 5/1994 ni se advirtió sobre la necesidad de aplicar un % negativo.

El auto rechaza que la oficialidad del IRPH y su publicación en el BOE garanticen la transparencia material. Señala que, en el año del contrato, el BOE electrónico no tenía carácter oficial y que las Circulares del BdE no estaban disponibles fácilmente, para consultarlas había que ir a bibliotecas universitarias o colegios profesionales, donde no siempre estaban. Esta dificultad de acceso real refuerza la idea de que la referencia a la Circular 5/1994 no permitía entender su contenido ni su advertencia sobre el % negativo. También

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cuestiona la exigencia de una desproporción muy evidente para apreciar desequilibrio importante, porque ello puede dejar sin contenido el control de abusividad y critica igualmente el uso del tipo sintético del BdE como parámetro comparativo.

A su vez, analiza que el IRPH Cajas + % ofertado frente al tipo medio hipotecario del mercado generaba un sobrecoste (en el caso superior a 60.000 euros) en un préstamo a 40 años. Esta diferencia evidencia la necesidad de usar criterios comparativos basados en la TAE media de préstamos hipotecarios equivalentes, y no en indicadores abstractos o agregados.

A la vista de ello, plantea 4 cuestiones prejudiciales: (i) la información esencial que debe facilitarse sobre el IRPH, incluida la advertencia sobre el diferencial negativo; (ii) los criterios para apreciar el desequilibrio importante; (iii) la compatibilidad del uso de indicadores agregados como el tipo sintético; y (iv) el método adecuado de comparación para valorar el coste real del préstamo. Este nuevo auto evidencia que, a pesar de la consolidación jurisprudencial del TS, persisten dudas interpretativas relevantes sobre el alcance del deber de transparencia y sobre los criterios para apreciar la abusividad de la cláusula de IRPH.

## VII. CONCLUSIONES

El estudio realizado permite afirmar que la cláusula que incorpora el IRPH exige un examen judicial especialmente cuidadoso, no por ser un índice oficial y válido, sino por su complejidad técnica y la forma en que fue comercializado. La litigiosidad generada deriva de la asimetría informativa que caracterizó su contratación y de la dificultad real para comprender su funcionamiento y consecuencias económicas. El análisis sistemático de los criterios jurisprudenciales revela que la clave no reside en determinar si el IRPH es "bueno" o "malo", sino en verificar si su incorporación al contrato permitió al consumidor adoptar una decisión consciente y fundada.

La doctrina del TJUE y del TS ha contribuido a clarificar los criterios e indicios que permiten a los jueces valorar, caso por caso, si la cláusula fue comprensible y si generó un desequilibrio relevante. Esta jurisprudencia ha reforzado la seguridad jurídica, al tiempo que ha evitado soluciones generalizadas que no se ajustan a la diversidad de situaciones existentes en el mercado hipotecario. Lo analizado revela que la controversia del IRPH no puede resolverse mediante presunciones ni aproximaciones abstractas. La complejidad del índice, su comportamiento histórico y su naturaleza TAE exigen un análisis técnico que solo puede realizarse según las circunstancias de cada contrato.

En definitiva, el IRPH demuestra que la protección del consumidor exige una metodología rigurosa y una integración coherente de la jurisprudencia del TJUE y TS. La litigiosidad sigue abierta y la nueva cuestión prejudicial confirmará o no los criterios restrictivos aplicados hasta ahora. Mientras tanto, corresponde al juez valorar si procede declarar la falta de transparencia y abusividad del IRPH, y por ende, su nulidad, con los efectos de tal declaración. Declarada la nulidad de la cláusula, se tendrá por no puesta, se eliminará el IRPH,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

se aplicará el tipo sustitutivo que corresponda y se restituirán las cantidades indebidamente cobradas al consumidor por la entidad bancaria.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Circular 5/2012, del Banco de España, sobre transparencia y responsabilidad en la concesión de préstamos.

STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (Gómez del Moral).

STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22.

STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23.

STS Sala 1ª, 1590/2025, de 11 de noviembre.

STS Sala 1ª, 1591/2025, de 11 de noviembre.

Auto del Tribunal de Instancia de Palma, Sección 15ª, de 11 de marzo de 2026.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# Doctrina Civil

# ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO: LA FIGURA DEL FACILITADOR PROCESAL

*Sonia María García Cairon*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. La figura del facilitador procesal. III. Implantación. IV. Conclusiones V. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento reconoce la obligación de la Administración de Justicia de realizar adaptaciones y ajustes cuando sean necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad. Esta obligación tiene como fundamento el derecho a un juicio equitativo y a que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

En el referido precepto se establece para personas con discapacidad y personas mayores[1]:

1. *En los procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.*

*A estos efectos, se considerarán personas mayores las personas con una edad de sesenta y cinco años o más.*

*En el caso de las personas con discapacidad, dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio tribunal. En el caso de las personas con una edad de ochenta años o más dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de la persona interesada como de oficio por el propio tribunal.*

*Las adaptaciones se realizarán en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, y podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.*

2. *Las personas con discapacidad, así como las personas mayores, tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:*

[1] Ley 1/2000 de 7 de Enero Enjuiciamiento Civil.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

a) *Todas las comunicaciones, orales o escritas, dirigidas a personas con discapacidad, con una edad de ochenta o más años, y a personas mayores que lo hubieran solicitado se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.*

b) *Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.*

c) *Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.*

d) *La persona con discapacidad y las personas mayores podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.*

3. *Todos los procedimientos, tanto en fase declarativa como de ejecución, en los que alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más, conforme a lo dispuesto en este artículo, serán de tramitación preferente.*

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce en su artículo 13 la obligación de los Estados parte a la realización de ajustes de procedimiento como medio para garantizar la efectiva participación de las personas con discapacidad en el proceso. El referido artículo establece el mandato a los Estados Parte de asegurar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones que las demás, a las personas con discapacidad. Mandato que entronca con el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española, así como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Además de instar a los Estados Parte para promover la capacitación adecuada de los agentes implicados, tanto en la administración de justicia, así como respecto al personal policial o penitenciario, y a que promuevan los ajustes de procedimiento que resulten adecuados para la consecución de dicho fin.

Veamos que se dispone en el Art. 13 Convención sobre los Derechos personas con discapacidad, obliga[2]:

1. Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

[2] El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento legal no existe hoy en día una norma estatal que concrete el perfil y forma de actuación de esta nueva figura profesional, que es indispensable a fin de afianzar su naturaleza jurídica y la forma de actuación en el procedimiento. Han sido las Comunidades Autónomas a través de distintas entidades las que están poniendo en marcha la aplicación de la figura del facilitador procesal.

## II. FIGURA DEL FACILITADOR PROCESAL

### 1. Definición

Se define la figura como personas que trabajan, según sea necesario, con el personal del sistema de justicia y personas con discapacidades para asegurar una comunicación eficaz durante los procedimientos judiciales. Apoyan a las personas con discapacidades para que comprendan y tomen decisiones informadas, asegurándose de que las cosas se expliquen y se hablen de manera que puedan entenderlas y que se proporcionen los ajustes y el apoyo adecuados. Los intermediarios son neutrales y no hablan en nombre de las personas con discapacidad ni del sistema de justicia, ni dirigen o influyen en las decisiones o resultados[3].

### 2. Objetivo de la figura

Asegurar la participación eficaz de la persona con discapacidad del desarrollo, en todas las etapas de su intervención en un proceso judicial y/o policial, independientemente de su papel dentro del mismo. El resultado de la intervención de un/a facilitador/a procesal será la identificación y desarrollo de los ajustes de procedimiento necesarios para garantizar la participación efectiva de la persona, eliminando las barreras que impiden que ejerza su derecho de acceso a la justicia en igualdad de oportunidades[4].

### 3. Destinatario

Como destinatario tenemos a cualquier persona con discapacidad que presente necesidades de apoyo derivadas de su participación en un procedimiento judicial, incluidas las fases preliminares. La discapacidad podrá detectarse o acreditarse a través de cualquier medio. No es un requisito imprescindible que la persona presente un certificado de discapacidad. En este sentido, STC 161/2021, de 4 de octubre en su FJ 3, "La protección que la CE dispensa a las personas con discapacidad – tanto en lo relativo a la prohibición de su discriminación (art. 14 CE) como al mandato a los poderes públicos de realizar una política de integración de estas personas que les ampare para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los

[3] Definición de la Relatora Especial de Discapacidad, Catalina Devandas (NNUU, 2020, p. 9).
[4] Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ciudadanos (art. 49) y a que el reconocimiento, respeto y protección de este mandato deba informar la necesidades de legislación positiva y la práctica judicial (artículo 53.3 CE) – no puede quedar condicionada por requisitos formales como son el previo reconocimiento o declaración judicial o administrativa de la situación de (sic) incapacidad, lo que pugnaría por un lado, con la exigencia constitucional de la promoción de la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (artículo 9.2 CE), y por otro, con la propia regulación legal de desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad establecida en el art. 4 del ya citado Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que atiende de manera preferente a un concepto material de discapacidad".

Deben tener necesidades de apoyo, en particular relacionadas con la comunicación, la comprensión y/o la interacción con el contexto del procedimiento.

**4. Funciones**

Las funciones que se le atribuyen son por un lado la evaluación de ajustes de procedimiento necesarios y la elaboración del informe resultante para los agentes de la Administración de Justicia implicados en el procedimiento. Y por otro lado, tanto la explicación adaptada de todo el procedimiento y de cada una de las intervenciones de la persona, así como su papel en las mismas como el asesoramiento a los diferentes operadores jurídicos acerca de las medidas y apoyos a implementar.

Si bien, adquiere relevancia en esta figura su función en relación con el acompañamiento e implementación de los apoyos necesarios a la persona durante todas las fases del procedimiento en las que se requiera y ello a fin de garantizar que los y las profesionales expertas del ámbito de la validación de textos llevan a cabo la adaptación cognitiva de la documentación esencial relativa al procedimiento, acorde a las necesidades de la persona.

El facilitador procesal presta su función ayudando a: Entender la información cuando se les explican algo o a entender un documento, a expresar y decir lo que piensan, tomar sus propias decisiones, reciban los apoyos necesarios (ajustes de procedimiento) y sobre todo a entender y ser entendido.

Esta figura se delimita en los siguientes términos: Son neutrales, es decir, no dan su opinión sobre el caso, no dirigen las decisiones, no hablan en nombre de las personas a las que asisten, no asesoran ni dan apoyo psicólogo.

La intervención del facilitador comprende en todos los pasos del proceso, desde el inicio en la comisaria o ante la policía, desde que se recibe una demanda civil o se pretende interponerla, como en entrevistas con el abogado o acudir al juzgado para declaraciones, vistas o cualquier actuación procesal. Además, ayuda a informar de los pasos de todo el proceso, recoge información sobre el perfil de la persona que lo necesita (lee los informes, se entrevista con la persona en cuestión y sus familiares…) Redactará un documento dirigido al

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

juzgado en los que se recoge y solicita los apoyos necesarios, esto es los ajustes del procedimiento, mediante los que se informa a los distintos profesionales de la Justicia y a la policía. Un ejemplo sería que las resoluciones se dicten en lectura fácil, usar pictogramas, se hable lento y claro, ayuda para acudir al juzgado si existen dificultades para orientarse, etc.

## III. IMPLANTACIÓN DE LA FIGURA

**1.** Respecto a su implantación, destacan la Comunidad de Madrid y las de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Canarias, si bien la única que ha alcanzado una regulación específica es la Comunidad Autónoma de Madrid mediante el Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid[5].

Se describe el objeto, ámbito de aplicación y concepto con relación al facilitador procesal, los artículos 4 y 5 enumeran requisitos generales y especiales:

a) Ser licenciados/as o graduados/as en psicología, derecho, logopedia, criminología, trabajo social, educación social o terapia ocupacional.

b) Poseer formación específica como persona facilitadora para apoyar a personas con discapacidad en procesos judiciales en los que participen.

Estos cursos deberán tener una duración mínima de 100 horas y deben ser impartidos por universidades, colegios profesionales y entidades representativas de los intereses de las personas con discapacidad.

c) Carecer de antecedentes en el registro Central de Delincuentes Sexuales, que se acreditará mediante certificado negativo del citado registro.

Además, y como requisitos específicos , cuando la persona con discapacidad sea menor de edad, la persona que actúe como su facilitador deberá estar en posesión de cursos de formación específica en atención a menores y adolescentes con discapacidad intelectual o del desarrollo.

Es de destacar la regulación en relación con los informes sobre adaptaciones y ajustes que serán realizados en función de las características de cada persona. Particularmente, se tendrá en cuenta si se trata de menores de edad, el tipo de discapacidad que presente, y el entorno procesal específico en el que sea necesaria la intervención. Como mínimo los informes deberán contener la siguiente información: Objetivo, a petición de quien se realiza la propuesta de adaptación e identificación del procedimiento judicial, fuentes de la información: documentos, dictámenes de los profesionales especializados y entrevistas, en el supuesto de tener reconocida la discapacidad: tipo de discapacidad y porcentajes, metodología seguida, identificación de

[5] Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid( BOCM de 10 de mayo de 2024).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

las necesidades específicas de apoyo y justificación de los ajustes y adaptaciones propuestos, priorización de los ajustes en función de las necesidades y preferencias de la persona, así como el papel del personal experto facilitador en la implementación de dichos ajustes o adaptaciones.

Pero además aborda una cuestión muy práctica, y es la relativa a al precio y abono de los servicios prestados por el facilitador procesal, se prevé que las actuaciones de personal experto facilitador serán remuneradas, salvo cuando se realice por los empleados públicos integrantes de los equipos psicosociales adscritos a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito de la Comunidad de Madrid, que actuarán como facilitadores cuando la persona con discapacidad tenga la condición de víctima de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Las contraprestaciones serán:

a) Por cada informe sobre adaptaciones y ajustes, 70 euros IVA incluido. Excepcionalmente y a petición razonada de la persona que actúe como facilitador, cuando la elaboración de este informe conlleve una evaluación o el uso de una metodología de especial complejidad, podrán ser remunerados con 150 euros IVA incluido.

b) Por cada acompañamiento que se realice con la persona con discapacidad en sede judicial, a requerimiento del órgano judicial que conozca del asunto, se abonará 80 euros IVA incluido.

El abono de los servicios prestados se tramitará de acuerdo con los procedimientos de gestión económico-presupuestaria vigentes en la Administración de la Comunidad de Madrid y el facilitador a través de una solicitud de conformidad con el procedimiento establecido se procederá al pago a través de la página web de la Comunidad de Madrid. Así mismo, cuando se trate de informes de especial complejidad se podrá solicitar una retribución extraordinaria debiendo indicar de forma pormenorizada las causas y circunstancias que justifican la mayor retribución. Esta complejidad será comprobada por persona especializada perteneciente a la Oficina Central de Asistencia a las Víctimas del Delito de la Comunidad de Madrid, previa consulta y asistencia técnica con persona especializada en esta materia y designada a estos efectos, por entidad representativa de los intereses de las personas con discapacidad.

**2.** Por otra parte, en la Comunidad Autónoma Andaluza, existe un proyecto de Decreto por el que se establece el servicio de experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad que participen en procesos judiciales en Andalucía[6].

[6] Proyecto de Decreto por el que se establece el servicio de experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad que participen en procesos judiciales en Andalucía, tramite de consulta 10 de Junio de 2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El Decreto está en elaboración, si bien se ha puesto en marcha con fecha 1 de Abril de 2025 un proyecto piloto en las ocho provincias con el objeto de consolidar la figura del facilitador. Con este proyecto piloto, actualmente en marcha, los órganos judiciales andaluces que conozcan asuntos que afecten a personas con discapacidad pueden solicitar la figura de un facilitador para que las asista durante el procedimiento, para ello deben contactar con el Servicio de Justicia de la Delegación territorial correspondiente que derivará el asunto al Servicio de Asistencia a Víctimas de Andalucía (SAVA) de la provincia, en el caso de que la persona con discapacidad sea la víctima en el proceso, o a la entidad adjudicataria del servicio si su rol es otro. Las entidades adjudicatarias para prestar esta asistencia durante el proyecto piloto son Plena Inclusión Andalucía (en Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén y Málaga), la Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad (FAAM) y el Colegio Oficial de Trabajo Social de Sevilla, siendo su contratación anual que se ha venido prorrogando.

De acuerdo con el artículo 7 bis LEC, el facilitador procesal actuará a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal. Dicha solicitud deberá contener una mínima fundamentación, y se remitirá al organismo competente, en algunas comunidades autónomas es a la Delegación Provincial de Justicia a fin de que se gestione, y una vez designado, tras las entrevistas con la persona que lo necesita, así como el examen de las actuaciones se emitirá un informe con los ajustes razonables, generalmente en el plazo de diez días a fin de que se lleven a cabo.

**3.** En la Comunidad Autónoma de Canarias, se encuentra en elaboración un Proyecto de Decreto de fecha 12 de Agosto de 2024[7] por el que se regula la figura del personal experto facilitador, en el referido Proyecto que aún no sido aprobado.

Se destacan por su efecto práctico dos cuestiones, una relativa a las contraprestaciones:

a) Por el informe sobre adaptaciones y apoyos, 90 euros, IGIC incluido. Excepcionalmente y a petición razonada de la persona que actúe como facilitadora, cuando la elaboración de un informe conlleve una evaluación o el uso de una metodología de especial complejidad, podrán ser remunerados con 120 euros, IGIC incluido, previa autorización de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

b) Por los acompañamientos que se realicen con la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo o personas mayores en sede judicial, a requerimiento del órgano judicial o fiscal que conozca del asunto, se abonará 50 euros, IGIC incluido.

No obstante, las actuaciones no serán remuneradas cuando se realicen por los empleados públicos integrantes de los equipos de personas facilitadoras y la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo y la persona

[7] Proyecto de Decreto que regula la figura del facilitador procesal en sedes Judiciales y fiscales de la Comunidad Autónoma de Canarias 2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

mayor tenga la condición de víctima de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. El Abono de los servicios prestados por la persona facilitadora se abonarán, se realizará previa solicitud de acuerdo con los procedimientos de gestión económico-presupuestaria vigentes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. Se contempla la creación de un Registro administrativo canario de personal experto facilitado, así como un procedimiento para inscribirse, y la propia organización de este Registro art. 15.

Por el Consejo General del Poder Judicial han sido aprobados dos informes, el primero de ellos adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de abril de 2024[8], a instancia de la Comunidad de Madrid, y por otra parte el Informe del Gabinete Técnico de Diciembre de 2025 a instancia de la Comunidad Autónoma de Canarias referido al examen y alcance de las normas sustantivas. En este último informe, se recoge el contenido del ya emitido a instancia de la Comunidad de Madrid.

En el referido informe se hace el siguiente reparo en relación con la renuncia a la intervención: El hecho de que se recoja en el proyecto del Decreto Canario que "en cualquier momento del procedimiento se prevé que las personas destinatarias puedan renunciar a la intervención de la persona facilitadora, salvo que existan razones legales o por decisión del juzgador su intervención se declare preceptiva". Se trata de una previsión que también debería suprimirse, a fin de evitar regular una materia reservada a la legislación estatal. Así mismo, hace una especial mención en lo que respecta a la jurisdicción penal, estimando que sería deseable ampliar el ámbito de aplicación a la fase previa o anterior a la incoación del correspondiente procedimiento penal, de forma que el personal facilitador asista a la persona con discapacidad o mayor en la fase policial o de investigación. Tal asistencia es decisiva, ya que en tanto la persona con discapacidad pudiera tener la condición de víctima, debiera ser necesariamente, desde tal momento debidamente informada sobre el funcionamiento del sistema policial y judicial, ayudando a la víctima, en su caso, a decidir sobre la interposición o no de la denuncia y de los hechos denunciables, evaluar las capacidades que puedan afectar a las diligencias policiales en la que pudiera intervenir, o finalmente asesorando a los agentes policiales sobre las necesidades de adaptación en relación con la discapacidad de tal persona o de su mayor edad.

Y se refleja que de forma acertada en que el apartado 4 del artículo 6 prevé que el órgano judicial o fiscal podrá proceder a la designación de persona facilitadora cuando compruebe la necesidad de realizar las adaptaciones y ajustes por considerar que existe la discapacidad, aunque ésta no estuviere acreditada. Esta regulación se halla en línea con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 161/2021, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC.2021:161). Si bien "es un acierto recoger en el precepto que el órgano judicial o fiscal puede proceder a la designación, aunque la discapacidad no estuviere acreditada, es preceptivo la

[8] Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre Proyecto de Decreto que regula la figura del facilitador procesal en sedes Judiciales y fiscales de la Comunidad Autónoma de Canarias, 17 de Diciembre de 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

modificación de semejante redacción para atender exclusivamente a lo así previsto en el artículo 7 bis LEC, sin ir más allá con respecto a las encomiendas al órgano judicial o fiscal, pues de esta manera se invade la competencia del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6º CE)".

En relación con la obligación de realizar los ajustes razonables.- El Tribunal Constitucional ha publicado en Julio de 2026, en nota informativa nº 81/2026 respecto a las garantías en los procedimientos relativos a internamiento urgente no voluntario por motivos de enfermedad mental. La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en una sentencia de la que ha sido ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, considera por unanimidad que se ha vulnerado el derecho del demandante a su libertad personal (art. 17.1 CE) en el procedimiento de ratificación del internamiento urgente no voluntario por razones de salud mental al que fue sometido. El Tribunal razona que la obligación establecida legalmente de facilitar información al afectado por este procedimiento sobre su situación material y procesal y de los derechos que le asisten, incluyendo el derecho a la designación de los profesionales que le asesoren y representen, debe hacerse realizando las adaptaciones y los ajustes necesarios para posibilitar su comprensión. Esos ajustes incluyen, en su caso, la intervención de terceros, con la obligación de trasladar esa información a sus allegados o personas que vengan prestando apoyo formal o informal a la persona afectada por el internamiento. A partir de ello, el Tribunal considera que en este caso se incumplió dicha obligación, ya que, los órganos judiciales habían tenido a su disposición elementos relevantes sobre la existencia de una hermana activamente interesada en la protección de los derechos del demandante, que debía haber sido oída. Se pronuncia en el sentido de que el Fiscal designado para la defensa del afectado en los órganos judiciales tienen la obligación, no solo de posibilitar que ejerza esa defensa en plenitud de facultades sino, además, de supervisar y tutelar su efectividad. Esa defensa efectiva debe comprender, al menos, la comunicación con el afectado o la persona que le preste su apoyo para informarle sobre sus derechos y aconsejarle sobre las actuaciones más apropiadas a desarrollar, a la vez que tomar conocimiento sobre sus pretensiones; y su presencia e intervención directa en los actos procesales más relevantes del procedimiento, singularmente, la audiencia que no puede celebrarse en ausencia de un profesional que defienda los derechos de la persona privada de libertad.

## IV. CONCLUSIONES

La figura del facilitador constituye una medida primordial para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, sin embargo y a pesar de su previsión legal a través del art. 7 bis la Ley 8/2021, de 2 de junio, modificado por RDL 6/2023, de 19 de diciembre, precepto que q consagró el derecho de las personas con discapacidad a participar en los procesos que les afecten en igualdad de oportunidades con el resto de intervinientes, y reconoció su derecho a que se realizaran las adaptaciones y ajustes que fueran necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad en cualquier proceso. Tal previsión cuenta con dificultades en su implantación al estar transferidas las competencias a las Comunidades Autónomas, no se

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cuenta con una regulación a nivel estatal que la desarrolla. Por cuanto han sido las Comunidades Autónomas las encargadas de llevarla a cabo , en este sentido solo lo encontramos en la Comunidad de Madrid, que a través del Decreto 52/2024 de 8 de Mayo ha regulado la implantación de esta figura, siendo la única , ya que la comunidad Andaluza y Canarias cuentan con un proyecto de Decreto en trámite desde 2025 y 2024, respectivamente, sin que se haya procedido a su aprobación parlamentaria. Si es cierto, que a través de distintas entidades como Plena Inclusión en Andalucía a través de contratos subvencionados se está llevando a cabo, además se está realizando una labor de formación para los facilitadores procesales como en la Unidad de Educación a Distancia, que imparte un curso de Experto Universitario.

No podemos más que concluir que urge la implementación efectiva de la figura, indispensable para conseguir una participación eficaz de la persona con discapacidad y del desarrollo en cualquier tipo de procedimiento, en cualquier ámbito jurisdiccional y en cualquier etapa del proceso (incluida las fases de investigación o preliminares), independientemente de su rol dentro del mismo (persona demandante, demandada, encausada, investigada, víctima o testigo). Y a través del facilitador procesal se conseguirán los ajustes del procedimiento necesarios tras examinar las características y circunstancias concretas para garantizar la participación efectiva de la persona, eliminando las barreras que impiden que ejerza su derecho de acceso a la justicia en igualdad de oportunidades.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARAMENDI SÁNCHEZ, P., La tutela judicial de las personas con discapacidad, Iuslabor, núm. 1, 2006.

QUESADA SARMIENTO, M.J., La discapacidad una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Ed. Diario la Ley nº 10213, Sección Tribuna, 23 de enero de 2023.

RIVES SEVA, J.M., Procesos sobre la capacidad de las personas, Editorial La Ley.

FERNÁNDEZ-MARTÍNEZ, J.M., Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, Foro Justicia y Discapacidad, 2021.

MARTORELL-CAFRANGA, A. y ALEMANY-CARRASCO, A., La figura del facilitador en casos de abuso sexual a personas con discapacidad intelectual, Siglo Cero, 2017.

ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

ORGANIZACIÓN de NACIONES UNIDAS, Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, Ginebra, 2020.

NOTA INFORMATIVA Mº 81/2026 Tribunal Constitucional ha publicada en Julio de 2026,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

Protocolo de actuación Facilitador procesal Plena Inclusión 2024

Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid

Proyecto de Decreto por el que se establece el servicio de experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad que participen en procesos judiciales en Andalucía de 13 de Junio de 2024.

Proyecto de Decreto Comunidad Autónoma de Canarias de fecha 12 de Agosto de 2024.

Informe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial de fecha 25 de Abril de 2024 y de Diciembre de 2025.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO

*Luis Alberto Godoy Domínguez*

Profesor de Derecho Civil, ULPGC

**SUMARIO:** *I. Introducción: delimitación del problema. II. La regulación del derecho de uso de la vivienda familiar en el art. 96 CC. 1. Planteamiento. 2. Situaciones y problemas que genera la redacción del art. 96 CC. a) Reinterpretación de la aparente imperatividad del art. 96 CC. b) La reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio. c) La posible validez de los acuerdos sobre la convivencia marital con terceros en el domicilio familiar. III. La convivencia marital como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. 1. Antecedentes en la práctica judicial. 2. La STS de 20 de noviembre de 2018. a) Los hechos del caso. b) Los fundamentos de la decisión. 3. Consecuencias del nuevo criterio jurisprudencial. a) De naturaleza económica. b) De carácter procesal. c) El interés superior del menor vs el interés de sus progenitores. 4. Decisiones judiciales posteriores. IV. Conclusión. V. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

En los procedimientos derivados de las crisis de pareja, particularmente cuando dichos procesos tienen carácter contencioso, se suelen poner de manifiesto situaciones ciertamente complejas, por la dificultad que existe para obtener una decisión equilibrada y justa que tutele los intereses más necesitados de protección sin que, a la vez, perjudique o lesione, muchas veces de forma exorbitada e inaceptable, los del otro cónyuge.

Una de estas situaciones tiene que ver con la atribución del uso de la que hasta entonces venía siendo la vivienda familiar, regulada en el art. 96 CC y que, tanto en su redacción inicial en la Ley 30/1981, de 7 de julio, como en la reforma del precepto llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sigue sin responder con claridad y determinación a la variedad de situaciones que de hecho se dan en la vida judicial y deja sin resolver algunas de las disputas que tendremos ocasión de exponer[1].

Los litigios en esta materia son frecuentes y muchas veces encarnizados, principalmente porque lo habitual será que el cónyuge que salga "derrotado" experimentará un doloroso agravamiento de su situación económica, uniendo a la pérdida del contacto directo y cotidiano con sus hijos la salida del entorno físico en el que desarrollaba su vida, debiendo además buscar ahora un nuevo lugar en el que residir. De ahí que se haya apuntado que el vertiginoso aumento en la última década de las peticiones de custodia compartida esconde en su trasfondo un conflicto relacionado más con la conservación del uso de la vivienda que con la efectiva

[1] CERVILLA GARZÓN, M.D., *El artículo 96 del Código civil en el punto de mira*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 19, 2023, pp. 107, habla de "sentimiento de oportunidad perdida" al referirse a la magnífica ocasión que presentaba la reforma del precepto por la Ley 8/2021 para corregir estas deficiencias.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

atribución de la guarda de los hijos comunes, pues en muchos casos el establecimiento del régimen de custodia compartida impedirá esa desposesión total del bien que pretenden evitar los implicados[2].

El problema se agrava cuando el cónyuge que debe abandonar la casa tiene que seguir abonando los importes del crédito suscrito para la adquisición de la vivienda de cuyo uso se ve desprovisto, además de tener que buscar, y a menudo sufragar, un nuevo alojamiento para sí mismo. Si a ello se suma la obligación de pagar pensiones alimenticias, solemos encontrar un cuadro de auténtica penuria económica para dicho progenitor[3].

Pero, por dura que pueda parecer la situación, esta se torna crítica cuando el cónyuge al que le fue atribuido el uso de la vivienda reinicia su vida sentimental con una nueva pareja, que pasa a residir en la vivienda objeto de la disputa sin tener que afrontar ningún coste económico por el uso de dicho inmueble, cuyo mantenimiento paradójicamente descansa sobre los hombros de quien ha perdido su uso[4].

La injusticia de la situación provocó en su momento un rechazo generalizado y una protesta constante en el ámbito doctrinal, con una denuncia casi unánime sobre la insuficiencia e incapacidad del texto del art. 96 CC para responder adecuadamente a dicho conflicto[5]. Lo peor del caso es que, hasta la STS del Pleno, de 20 de noviembre de 2018, los tribunales habían venido resolviendo esta cuestión de una manera dispar, decidiendo la mayoría de las veces en función de los concretos intereses en juego y transitando desde posiciones que negaban absolutamente que la nueva convivencia produjera consecuencias mientras los menores conviviesen en el domicilio, hasta las más recientes en las que se opta por declarar extinguido el derecho de uso concedido[6].

El interés de la cuestión, más allá de la mayor o menor justicia de la situación, está también en que la atribución del uso de la vivienda en los procesos de familia se estructura normativamente en función de la existencia o no de hijos menores de edad, o mayores en situación de discapacidad, que se encuentren bajo la guarda de los

---

[2] CABEZUELO ARENAS, A. L. *Convivencia de la guardadora en la vivienda familiar con su pareja y nuevos hijos ¿Debería conformarse el exmarido con una rebaja de los alimentos de los menores?,* Blog HayDerecho, 21 septiembre 2017 (consulta: 21 agosto 2026).

[3] Según SÁNCHEZ JORDÁN, E. C*onsecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital), p. 3, estas situaciones han provocado la aparición de una nueva clase de pobres: el cónyuge separado o divorciado al que se priva del uso de la vivienda familiar.

[4] LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C. *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial*, en «El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales», Dykinson, Madrid, 2010, p. 275.

[5] En este sentido, cfr. las críticas expuestas por CUENA CASAS, M. *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero*, Blog HayDerecho, 9 enero 2014 (consulta 17 de agosto de 2026); GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. *Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a,* Boletín de Derecho de Familia El Derecho, 2010, (https://elderecho.com/incidencia-de-la-convivencia-marital-con-un-tercero-del-progenitor-custodio-sobre-el-derecho-de-uso-de-la-vivienda-atribuido-a-los-hijos-y-a-estea/) (consulta 22 de agosto de 2026); YZQUIERDO TOLSADA, M. *Comentario de la STS de 20 de noviembre de 2018. La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar*, en «Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil», vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018, p. 168.

[6] PÉREZ GALVÁN, M. *Convivencia del progenitor custodio con otra persona en la vivienda familiar. Extinción del derecho de uso*, La Ley, 9405, 2019 (ed. digital), p. 1.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

contendientes. Lo que implica que las decisiones que se adopten judicialmente, a consecuencia de la convivencia de un tercero con el progenitor a cargo de la custodia, podrán comprometer gravemente el interés de aquellos (menores y/o mayores en situación de discapacidad), quienes por lo general no formarán parte del proceso o, a lo sumo, lo harán indirectamente. Entonces, puede ocurrir que, con el propósito de corregir una injusticia, se cause otra mayor[7].

En el presente trabajo pretendemos exponer algunas de las cuestiones jurídicas más relevantes derivadas de esta situación y de la respuesta que se viene dando en los últimos años a este fenómeno. Asimismo, intentaremos establecer las previsibles consecuencias que acarrea la doctrina jurisprudencial ya asentada y, en particular, las posibles nuevas dificultades que puede traer consigo.

## II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ART. 96 CC

### 1. Planteamiento

Tras la reforma del Código civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar para los casos de crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio), quedaron recogidas en los arts. 96 y 103.2ª. En lo esencial, el régimen se basaba en el principio de protección del interés familiar más necesitado de protección (art. 103 CC), que determinaría el cónyuge al que se atribuirá el uso del que era el domicilio familiar. La concreción de este interés la realizaba el art. 96 CC, distinguiendo según que existiesen o no hijos menores o dependientes a cargo de los progenitores.

Posteriormente, la modificación operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, introdujo ciertos cambios que representaron una notable mejora en la redacción del precepto, pero sin agotar toda la variada problemática que presenta esta situación merced al desarrollo social y a los cambios en la estructura y en el concepto mismo de familia[8].

Así pues, el precepto establece un régimen básico de atribución del uso de la vivienda, que pretende dar respuesta al problema habitacional derivado de la ruptura del matrimonio, especialmente cuando existen hijos comunes a cargo de los cónyuges, planteando diversas soluciones en función de la situación y condiciones de dichos hijos, pero dejando sin resolver todo un inmenso complejo de situaciones derivadas de las transformaciones experimentadas por el derecho de familia en los últimos cuarenta años, que ha traído

[7] cfr. MARTÍNEZ CALVO, J. *La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Derecho Civil, IV-3, 2019, p. 156.

[8] v. GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar*, Diario La Ley, 9990, 2022 (ed. digital).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

consigo una permanente llamada de atención sobre la necesidad de revisar su contenido y dotarlo de una nueva y completa ordenación[9].

## 2. Situaciones y problemas que genera la redacción del art. 96 CC

Para buena parte de la doctrina, la culpa de los problemas que genera el art. 96 CC se debe al automatismo con el que se aplica el precepto, adjudicándose el uso del inmueble normalmente sin más valoraciones ni consideraciones que no fuesen las relativas a la existencia o no de hijos menores, provocando con ello soluciones que a menudo se revelaban injustas o, cuando menos, excesivamente gravosas para el progenitor que quedaba excluido del uso[10].

### a) Reinterpretación de la aparente imperatividad del art. 96 CC

Esta interpretación excesivamente rigurosa fue mitigándose con el paso del tiempo y sobre todo con las correcciones que las decisiones judiciales hacían ante situaciones que el Código civil no había en modo alguno contemplado. Así sucedió, por ejemplo, con los casos en que la vivienda objeto del derecho de uso pertenecía a una tercera persona distinta de los cónyuges, que consentía su utilización por mera tolerancia o permisividad, derivada generalmente de la existencia de vínculos familiares entre el titular dominical y uno de los ocupantes.

En estos casos, aunque inicialmente se estableció una doctrina según la cual el derecho de uso derivado de la ruptura matrimonial tenía eficacia *erga omnes*, de manera que podría hacerse valer incluso frente a los legítimos propietarios, configurando así una expropiación de facto del derecho de los verdaderos titulares, el Tribunal Supremo dio un giro progresivo en su interpretación, pasando a estimar que la tolerancia del uso venía a constituir una situación equivalente al precario, que no podía prevalecer sobre el derecho de propiedad del dueño. A similar solución se llegó también en los casos en que se consideraba que el uso del inmueble tenía su fundamento en un comodato. En tales casos, si la cesión tenía su razón justificadora en la existencia de un núcleo familiar, con más motivo debía entenderse extinguido el préstamo de uso por haber desaparecido la necesidad para la que fue constituido[11].

---

9 Entre otros, v. SÁNCHEZ JORDÁN, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital), p. 4; YZQUIERDO TOLSADA, *Comentario de la STS de 20 de noviembre de 2018*, 2018, p. 172; RAMÓN FERNÁNDEZ, F. *La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas*, Revista Boliviana de Derecho, 30, 2020, p. 104 y 115; ZUMAQUERO GIL, L. *La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 41, 2016, p. 115; MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. *Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 774, 2019, p. 1781 y 1782.

10 ORDÁS ALONSO, M. *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza*, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital).

11 cfr. STS de 14 de enero de 2010 (Roj: STS 1894/2010) y la doctrina que sienta al respecto.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Otro tanto sucedía en los casos en que podía acreditarse que el cónyuge asignatario del uso de la vivienda familiar no tenía necesidad de ella, por contar con medios suficientes y adecuados para satisfacer la necesidad habitativa, tanto propia como de los hijos que quedaban a su cargo. Sin embargo, el automatismo en la aplicación de la solución ofrecida por el art. 96 CC llevaba a resultados no solo cuestionables, sino sumamente criticables, sobre todo cuando, por ejemplo, la progenitora favorecida iniciaba una nueva relación con un tercero y bien se iba a vivir al domicilio de este, o bien adquiría en comunidad una nueva vivienda. Incluso en casos tan evidentes, los tribunales estimaban intrascendente esta alteración sustancial de las circunstancias, primando y manteniendo el derecho de uso frecuentemente con el argumento de la protección del interés superior del menor[12].

**b) La reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio**

La posterior reforma del precepto en la Ley 8/2021, introdujo una cierta flexibilización al incorporar como elementos de juicio la diferenciación entre hijos menores (y en situación de discapacidad) e hijos mayores de edad, así como someter la vida del derecho de uso de la vivienda familiar a un término o plazo limitado.

Sin embargo, esta nueva regulación no solo no agota todas las posibles situaciones problemáticas que se habían ido poniendo de manifiesto en la práctica judicial, sino que además deja sin resolver por entero algunas de las que pretende modernizar. Así, por ejemplo, guarda un silencio total sobre los casos en que se acuerde la custodia compartida como sistema para la atribución de la guarda de los hijos menores, sin que resuelva qué sucederá en tales escenarios, ni tampoco cómo se atribuiría ese uso en función de la modalidad de custodia compartida adoptada (viviendas separadas, casa-nido, etc.)[13].

Tampoco resuelve los casos en que, además de hijos comunes, convivan en el domicilio familiar otros hijos de diferentes relaciones. Pensemos en el caso de familias reconstituidas, en las que además de la descendencia común que tuviese la pareja en conflicto, el/la titular del derecho de uso acordado en el procedimiento matrimonial posterior, tuviese también hijos propios de otra relación, que aprovechan el beneficio de contar con vivienda pese a no existir relación filial con el cónyuge no asignatario del uso. Ni qué decir si dicha incorporación al uso del inmueble se produce posteriormente, por haber rehecho sentimentalmente el titular del uso su vida con otra persona (con la que tiene nuevos hijos o que son de ese tercero con el que pasa a convivir).

[12] A este respecto pueden consultarse la SAP Pamplona (Secc. 2ª) de 31 marzo 2009 (Roj: SAP NA 939/2009), la SAP Toledo (Secc. 2ª) de 26 enero 2016 (Roj: SAP TO 58/2016) o la SAP Cáceres (Secc. 1ª) de 21 julio 2010 (ROJ: SAP CC 588/2010).

[13] v. CERVILLA GARZÓN, M.D., Actualidad Jurídica Iberoamericana, 19, 2023, pp. 112; GALLARDO RODRÍGUEZ, A. Diario La Ley, 9990, 2022 (ed. digital).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ciertamente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a estas situaciones para aclarar, con cierta rotundidad, que el art. 96 CC en modo alguno estaba pensado para estas situaciones, que podrían influir negativamente en la decisión de atribuir el uso al cónyuge que quedara a cargo de los hijos comunes[14]. Interesa destacar que el propio Tribunal cuestiona una aplicación automática del precepto y exige ponderar las circunstancias concurrentes para determinar cuál es el interés más necesitado de protección. La nueva redacción del art. 96 CC se refiere en su primer párrafo exclusivamente a los "hijos comunes", pero no aclara si la concurrencia o cohabitación de otros hijos no comunes puede influir o no en la decisión sobre la atribución del derecho de uso[15].

### c) La posible validez de los acuerdos sobre la convivencia marital con terceros en el domicilio familiar

Otro de los aspectos más debatidos, en relación con la convivencia de un tercero en el que había sido el domicilio familiar, es la cuestionable validez de una cláusula contenida en un acuerdo, ya sea previo a la crisis familiar (pactos en previsión de ruptura), ya como estipulación de un convenio regulador tras la crisis. Se trataría de una estipulación según la cual el derecho de uso de la vivienda se extinguiría en el caso de que el cónyuge beneficiario iniciase una convivencia marital con un tercero en el mismo domicilio objeto de asignación.

Esta es otra de las cuestiones que tampoco aclara de manera directa el art. 96 CC. Ni siquiera el art. 103 CC contempla esta posibilidad, remitiendo las decisiones judiciales respecto del uso de la vivienda al "interés más digno de protección" que será, si se desea conservar la coherencia con el art. 96 CC, el representado por el de los hijos comunes menores de edad (o mayores en situación de discapacidad dependientes de sus progenitores). Incluso, el art. 91 CC, cuando alude a las medidas definitivas que deben establecerse en la sentencia que ponga fin al procedimiento, no prevé esta posibilidad.

Lo que si tienen en común todos estos preceptos es que, aparentemente, su solución, en relación con el uso de la vivienda, tiene eficacia subsidiaria, pues en todos ellos el criterio legal solo se aplicará en defecto o ausencia de pacto o acuerdo entre las partes.

Es precisamente en esta idea de supletoriedad en la que se apoya buen número de autores para considerar que un acuerdo de las partes, que prevea como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar la convivencia en el mismo con una tercera persona, es perfectamente válido, siempre y cuando no se revele

[14] En el caso resuelto por la STS de 17 octubre 2017 (Roj: STS 3732/2017), el Tribunal Supremo afirmó literalmente que el art. 96 CC no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de una de ellas. En similar sentido, la STS de 14 febrero 2018 (Roj: STS 413/2018), rechazó la petición de atribución del uso formulada por la madre a la vista de que, en la vivienda, convivía con su nueva pareja y un hijo común, pero, además, también lo hacían otras dos hijas menores de edad de este nuevo conviviente, procedentes de una relación anterior y sobre las que tenía la custodia exclusiva.

[15] cfr. CERVILLA GARZÓN, M.D., Actualidad Jurídica Iberoamericana, 19, 2023, pp. 121.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

como gravemente perjudicial o lesivo para el interés del cónyuge asignatario o el de los hijos comunes[16] y haya sido aprobado judicialmente[17].

Y, de hecho, tras la STS de 20 de noviembre de 2018, en la que esta convivencia estable con tercera persona es *per se* causa para extinguir judicialmente el derecho de uso de la vivienda, con mayor razón debería admitirse la validez de la previsión, acordada por los interesados, en un acuerdo prematrimonial o en un convenio regulador. No parece que, en principio, deban existir obstáculos para su aprobación por el juez, incluso cuando la atribución del uso se haya hecho para atender las necesidades de los hijos menores de edad que convivan con el progenitor custodio, ya que si dicha convivencia, en ausencia de previsión, puede generar la extinción del derecho de uso, con más motivo debería admitirse la validez de la cláusula que la prevé a futuro[18].

De otra parte, en ausencia de hijos comunes, no debería existir ningún inconveniente para establecer eficazmente esta previsión, vista la redacción que presenta el apartado segundo del art. 96 CC, más aún si tenemos en cuenta que en estos casos el factor de la temporalidad condiciona siempre el uso que pudiera asignarse al otro cónyuge en caso de representar el interés más necesitado de protección. Con mayor razón valdría la cláusula si la vivienda fuera privativa del cónyuge excluido del uso, ya que en tales situaciones se haría harto difícil comprender que, pese a la estipulación, el titular deba contemplar cómo un tercero se beneficia de un uso que no le corresponde mientras él sufre un verdadero expolio.

Con todo, resulta problemático aceptar sin más la validez de este pacto en presencia de hijos comunes menores de edad (y/o mayores en situación de discapacidad), pues se corre el riesgo de que la cláusula termine perjudicando los intereses de dichos menores, incluso si el convenio hubiera sido homologado judicialmente en la medida en que el derecho al uso de la vivienda de tales hijos se vería claramente afectado.

Se ha señalado que en estos supuestos la cláusula iría en perjuicio de los hijos que conviven con el progenitor custodio, por lo que procedería anteponer la defensa de los intereses de los menores. Lo contrario, aun cuando el convenio en el que se contenga esta clase de acuerdo haya sido homologado judicialmente, provocaría previsiblemente una situación de desamparo de los hijos en lo que a la vivienda se refiere, viéndose afectado su derecho al uso de esta[19].

---

16 Ya los primeros comentaristas de la reforma del Código civil por la Ley 30/1981, destacaron esta naturaleza ciertamente subsidiaria, aunque limitada, del precepto, v. GARCÍA CANTERO, G. *Comentario al art. 96*, en M. ALBALADEJO (Dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 409.

17 cfr. CERVILLA GARZÓN, M.D., Actualidad Jurídica Iberoamericana, 19, 2023, pp. 122; QUESADA PÁEZ, A. *La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con una nueva pareja*, Revista Aranzadi Doctrinal, 6, junio de 2023 (ed. digital), p. 6.

18 ORDÁS ALONSO, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital), p. 7; YZQUIERDO TOLSADA, *Comentario de la STS de 20 de noviembre de 2018*, 2018, p. 172. También, años antes de la STS de 2018, v. CABEZUELO ARENAS, A.L. *Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 21, 2008, p. 315. Más recientemente, AVIÑÓ BELENGUER, D. L *convivencia marital como causa de extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda familiar*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 17 bis, diciembre 2022, p. 2049.

19 Así, MANZANO FERNÁNDEZ, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 774, 2019, p. 1787; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, *El derecho de uso de la vivienda familiar*, 2010, p. 281; y MORO BONILLO, E. *La convivencia con terceros en la vivienda*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Curiosamente, en el ámbito de la denominada jurisprudencia menor no hay un criterio unívoco. Encontramos por igual decisiones favorables y contrarias a la validez de este tipo de estipulaciones. Entre las primeras podemos citar las SAP Málaga (Secc. 6ª) de 21 septiembre 2010 (Roj: SAP MA 1879/2010) y SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 6 octubre 2004 (Roj: SAP B 11802/2004), que estimaron las demandas y dejaron sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, una vez comprobada la realidad de la convivencia y la vulneración del pacto en contrario previsto en el correspondiente convenio regulador. Por el contrario, las SAP Vizcaya (Secc. 4ª) de 5 octubre 2010 (Roj: SAP B 11802/2004), SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 14 octubre 2010 (Roj: SAP B 6803/2010) y SAP Granada (Secc. 5ª) de 17 diciembre 2010 (Roj: SAP GR 2001/2010), rechazaron las peticiones de extinción del derecho de uso pese a que en el convenio correspondiente se había previsto la convivencia con un tercero como causa para su eliminación. Estas últimas resoluciones suelen coinciden en señalar el grave perjuicio que supondría para los intereses de los menores, en cuyo beneficio se configuró y otorgó tal derecho de uso.

En mi opinión, pese al contundente argumento que representa la doctrina establecida en la STS de 20 de noviembre de 2018, el alcance de un convenio de estas características debe matizarse, particularmente cuando existen hijos menores o mayores en situación de discapacidad que dependen de sus progenitores. No parece que deba existir ningún inconveniente en reconocer plena validez a la estipulación cuando los intereses en juego conciernen exclusivamente a los cónyuges en litigio, pero no considero que la autonomía de la libertad tenga la misma fuerza cuando puedan quedar comprometidos los intereses, superiores por lo demás, de los hijos menores de edad (o mayores equiparados).

Entiendo que no puede ser un argumento la llamada al acuerdo de los interesados que hace el precepto en su primer apartado, ya que estas decisiones de las partes están sometidas en todo momento al escrutinio judicial ("aprobado por la autoridad judicial"), que deberá rechazarlo en el supuesto de que no cumpla con la norma de control que establece el art. 90.2 CC, esto es, que los pactos alcanzados se revelen "dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges"[20].

## III. LA CONVIVENCIA MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

De las diferentes respuestas que se han dado en el plano jurídico al hecho consistente en la convivencia *more uxorio* de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso había sido asignado en un procedimiento matrimonial, la más radical es la de considerarla una causa de extinción de dicho derecho. Esta solución, además, parece consolidarse en los últimos años merced a un claro y repetido posicionamiento del Tribunal Supremo en este

*familiar*, Revista de Derecho de Familia, 63, 2014, p. 42.

[20] ZUMAQUERO GIL, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 41, 2016, p. 145; MARTÍNEZ CALVO, Revista de Derecho Civil, IV-3, 2019, p. 167.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

punto. Sin embargo, se trata de una doctrina muy controvertida, no solo en el plano doctrinal sino también en el judicial, pues hasta la aparición de la STS de 20 de noviembre de 2018 venía siendo un criterio minoritario y residual en las decisiones de las audiencias provinciales[21].

## 1. Antecedentes en la práctica judicial

La tendencia en las decisiones de las audiencias provinciales venía siendo la de negar efecto extintivo a la convivencia con un tercero en el domicilio familiar, aunque no de forma unánime. En general, se indicaba que la introducción de un nuevo conviviente no representaba por sí sola una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda, por lo que se solía rechazar la modificación de la medida solicitada por el progenitor no usuario. En lo fundamental, se solía entender que la atribución del uso y disfrute se hacía con la finalidad de proteger los intereses de los hijos menores, quienes no ven alterada su necesidad de vivienda por el hecho de que el custodio comparta su vida con otra persona. De forma que el interés del menor se superponía al del progenitor no custodio[22].

Otras veces se adujo la inexistencia de apoyo legal para acordar una medida de esta clase[23], y en ocasiones se llegó a considerar que la extinción solicitada supondría en la práctica una restricción al constitucional derecho a la libertad y al desarrollo de la personalidad de la asignataria del uso[24].

En el polo opuesto se encuentra otro grupo de decisiones que, aunque menor en número, no tiene reparos en decretar la extinción del derecho de uso o, en ocasiones, la limitación temporal del mismo. Suele tratarse, en general, de situaciones en las que existe independencia económica de los hijos, de forma que desaparece la

---

21 La doctrina más representativa ha estado tradicionalmente dividida. Así, se muestran abiertamente partidarios de esta solución, CABEZUELO ARENAS, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 21, 2008, p. 309 y ss.; ORDÁS ALONSO, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital), p. 6 y 7; ZUMAQUERO GIL, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 41, 2016, p. 1456. Con reticencias o, al menos, de manera subsidiaria, para el caso de que no procediese otra medida, CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia*, III, 2ª ed., Dir. M. Yzquierdo y M. Cuena, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 456; SANTOS MORÓN, M. J. L*a atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma*, Revista de Derecho Civil, I-3, 2014, p. 27-29. En contra, sin embargo, se posicionan entre otros DE VERDA, J.R. Y CARAPEZZA, G. *El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 752, 2015, p. 3410 y 3411; LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, *El derecho de uso de la vivienda familiar*, 2010, p. 276 y 277; GONZÁLEZ DEL POZO, Boletín de Derecho de Familia El Derecho, 2010, p. 4; FARNÓS AMORÓS, E. *Incidencia de la convivencia marital en la vivienda familiar sobre el derecho de uso atribuido por razón de la guarda de los hijos: interés superior del menor e implicaciones de género*, Revista de Derecho Civil, VIII-4, 2021, p. 1 y ss.

22 En este sentido, v. SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 7 mayo 2010 (Roj: SAP B 5127/2010); SAP Cáceres (Secc. 1ª) de 21 julio 2010 (Roj: SAP CC 588/2010); o SAP Navarra (Secc. 2ª) de 4 abril 2007 (Roj: SAP NA 95/2007) que afirma que la convivencia no modifica el interés inicialmente protegido, que es el del menor. Otras decisiones por el estilo son la SAP Málaga (Secc. 6ª) de 20 abril 2012 (Roj: SAP MA 1102/2012); SAP Granada (Secc. 5ª) de 30 marzo 2012 (Roj: SAP GR 133/2012).

23 Así, SAP Navarra (Secc. 2ª) de 3 noviembre 2006 (Roj: SAP NA 688/2006) y también SAP Valencia (Secc. 10ª) de 18 julio 2012 (Roj: SAP V 2973/2012).

24 Entre otras, SAP Castellón (Secc. 2ª) de 29 julio 2004 (Roj: SAP CS 579/2004); SAP Málaga (Secc. 6ª) de 27 febrero 2017 (Roj: SAP MA 1533/2017); y SAP Madrid (Secc. 8ª) de 10 julio 2017 (Roj: SAP M 9327/2017).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

obligación de atender esta necesidad habitacional y, por extensión, la justificación de la atribución del uso al progenitor custodio, que lo disfrutaba simplemente por tener a cargo al hijo común[25].

En estos casos se solía apreciar la alteración sustancial de las circunstancias que justificaba el cambio de la medida, principalmente por la presumible mejora económica que representaba la incorporación de un nuevo compañero en el ámbito de vida de la persona beneficiaria del uso de la vivienda[26]. Así, a semejanza de lo que sucede con la pensión compensatoria, cuya extinción procede cuando el perceptor contrae nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona (art. 101 CC), el derecho de uso de la vivienda debe también desaparecer[27].

## 2. La STS de 20 de noviembre de 2018

La diversidad de criterios a la hora de abordar esta cuestión ha llegado a su final con la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018[28]. En lo esencial, establece que la convivencia con un tercero en el domicilio del progenitor custodio hace que pierda su carácter de vivienda familiar y, consiguientemente, se produce la extinción del derecho de uso sobre la misma.

Esta decisión ha tenido una gran repercusión y, aunque en el ámbito de las audiencias provinciales encontramos pronunciamientos del mismo tenor, lo cierto es que debe considerarse pionera en la materia, en tanto es la primera que vincula directamente la extinción del derecho de uso con el hecho mismo de la convivencia, sin condicionar este efecto a la concurrencia de otras circunstancias o resultados.

### a) Los hechos del caso

El exesposo interpuso demanda solicitando la extinción del derecho de uso de la vivienda asignado a la mujer que había quedado a cargo de la custodia del hijo común. La razón era precisamente que la asignataria de la vivienda había iniciado una convivencia marital con otra persona en dicho domicilio. El demandante había solicitado, subsidiariamente, la modificación de la pensión alimenticia en caso de que no se acogiera la extinción del derecho de uso pretendido. El Juzgado de Primera Instancia estimó esta segunda petición y negó la extinción del derecho de uso. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valladolid[29] dio lugar a la apelación y estimó la petición principal del actor, al considerar que el núcleo familiar para el que se había constituido el

[25] SAP Málaga (Secc. 6ª) de 7 febrero 2008 (Roj: SAP MA 756/2008).

[26] SAP Barcelona (Secc. 18ª) de 2 septiembre 2002 (Roj: SAP B 8504/2002).

[27] SAP Oviedo (Secc. 5ª) de 25 abril 2011 (Roj: SAP O 689/2011). En ocasiones se acuerda incluso la extinción del derecho de uso habiendo hijos menores a cargo de la beneficiaria. En este sentido, v. AP Almería (Secc. 1ª) de 19 marzo 2007 (Roj: SAP AL 2/2007), y también la SAP Valencia (Secc. 10ª) de 20 julio 2015 (Roj: SAP V 3554/2015).

[28] (Roj: STS 3882/2018).

[29] SAP Valladolid (Secc. 1ª) de 15 enero 2018 (Roj: SAP VA 97/2018).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

derecho de uso otorgado a la excónyuge había desaparecido y había sido sustituido por otro nuevo y diferente con la incorporación de este otro compañero sentimental.

Fue el Ministerio Fiscal quien interpuso el recurso de casación, al considerar que se había infringido el principio del interés superior del menor, ya que la sentencia recurrida, a su juicio, anteponía el interés patrimonial de los progenitores al de los hijos menores.

**b) Los fundamentos de la decisión**

El Tribunal Supremo consideró que la introducción de una nueva persona en el domicilio con la intención y finalidad de constituir una nueva familia hace que la vivienda, cuyo uso se había otorgado para atender las necesidades de la familia primitiva, pierda esa naturaleza de vivienda familiar pues, en lo esencial, el inmueble estaría ahora satisfaciendo las necesidades de una nueva familia, distinta a aquella para la que se constituyó el derecho de uso y esta circunstancia determina la extinción del derecho mismo.

Sería algo similar a lo que ocurre cuando la vivienda no tiene carácter familiar o cuando el hijo viera satisfecha su necesidad de habitación por otros medios, de manera que no sea indispensable conferirle el uso de aquella.

Considera el Alto Tribunal que esta decisión no implica postergar o desatender el superior interés del menor, pues el derecho al uso de la vivienda familiar existe y se conserva en tanto ésta mantenga ese carácter familiar, condición que pierde cuando, por la convivencia de la progenitora custodia con un tercero, la vivienda deja de servir a los fines de la familia originaria para poner su uso al servicio de otra familia diferente.[30]

**3. Consecuencias del nuevo criterio jurisprudencial**

Más allá de las adhesiones y rechazos que la sentencia ha provocado en el ámbito doctrinal, lo cierto es que da una respuesta más justa y equitativa a una situación que se había revelado en numerosos casos claramente abusiva[31]. Pero, además, se percibe que, sin mencionarlas, la aplicación de esta doctrina tendrá también otras consecuencias de indudable importancia para las partes implicadas, como tendremos ocasión de ver.

**a) De naturaleza económica**

Una primera viene representada por el hecho de que la recuperación del uso del inmueble ya sea física, ya jurídica, por parte del progenitor hasta entonces desprovisto de aquel, implicará una mejora objetiva de su situación económica, ya que supone la recuperación o incorporación a su patrimonio de un nuevo valor que

[30] Para SÁNCHEZ JORDÁN, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital), p. 23, esta sentencia viene a reconocer la existencia de un concepto dinámico de vivienda, que admite que lo que en su momento fue vivienda de la familia, pueda dejar de serlo en atención a determinadas circunstancias, en algunos casos incluso cuando sigan habitando en ella el progenitor custodio y los hijos menores de edad.

[31] Entre otros, ORDÁS ALONSO, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital), p. 6; SÁNCHEZ JORDÁN, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital), p. 27; CABEZUELO ARENAS, A.L. *Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 109, 2019, p. 410.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

se traducirá en un aumento de su activo patrimonial. Súmase a ello que al hijo menor de edad deberá proporcionársele un nuevo lugar donde vivir, aunque no sea de manera automática, puesto que lo razonable será establecer un periodo de tiempo para el desalojo de la vivienda y darle el destino que corresponda (venta, adjudicación del uso al demandante, arrendamiento, etc.).

Todo esto abocará presumiblemente a un aumento de la pensión alimenticia que debe satisfacer el progenitor, aun cuando ello deba dirimirse en un nuevo procedimiento. Lo que a la postre alargará previsiblemente el conflicto y las luchas entre los miembros del desaparecido grupo familiar[32].

**b) De carácter procesal**

La sentencia no se pronuncia sobre el momento concreto en que tiene que hacerse efectiva la cesación del uso de la vivienda. Esto se debe básicamente a la manera en que fue planteado el recurso de apelación, primero, y de casación, después. Por lo que no era deber del Tribunal tomar ninguna decisión al respecto. No obstante, en la práctica de las audiencias provinciales, cuando se declaraba la extinción del derecho de uso es frecuente señalar un plazo para su efectividad. No existe una regla concreta y normalmente dependerá de las circunstancias concurrentes: si al tiempo de la sentencia se cuenta o no con un alojamiento alternativo, si será necesario vender la vivienda o si el progenitor que pierde el uso tiene o no medios suficientes para hacer frente al cambio de domicilio.

Por ello, podemos encontrar sentencias en las que se establecen soluciones dispares. Por ejemplo, es usual que, si la vivienda tiene carácter ganancial, se difiera la extinción hasta el momento de liquidación de la sociedad, como también estableció la sentencia que comentamos. En ciertos casos se fija un plazo máximo para evitar que las dilaciones en la liquidación de los gananciales perjudiquen o frustren la efectividad del mandato de la sentencia[33]. Siendo posible incluso que no se contemple demora alguna y se permita al interesado instar la ejecución del fallo en cualquier momento, sobre todo si no hay hijos menores o en situación de discapacidad y la atribución del uso se hizo en salvaguarda del interés más necesitado de protección (art. 96.2 CC)[34].

**c) El interés superior del menor vs el interés de sus progenitores**

Esta cuestión es probablemente la que centra la mayoría de las dudas y reticencias doctrinales en relación con la sentencia analizada. Se ha valorado positivamente que la decisión del Tribunal intente equilibrar los

[32] cfr. SÁNCHEZ JORDÁN, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital), p. 14; MORO BONILLO, Revista de Derecho de Familia, 63, 2014, p. 43; ORDÁS ALONSO, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital), p. 7.

[33] La SAP Valencia (Secc. 10ª) de 9 mayo 2011 (Roj: SAP V 2573/2011), estableció un plazo de dos años. Por su parte, la SAP Barcelona (Secc. 18ª) de 9 marzo 2011 (Roj: SAP B 3753/2011), concedió un plazo de seis meses desde la sentencia.

[34] SAP Almería (Secc. 1ª) de 19 marzo 2007 (Roj: SAP AL 2/2007).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

diferentes intereses en juego, de manera que los legítimos derechos y expectativas de los padres no se vean orillados y subyugados por un exceso de protección de los derechos de los hijos[35].

Para el Tribunal Supremo el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, siempre que sea posible conciliar unos y otros. Y aunque el interés del menor es siempre prevalente, la remisión al mismo no puede hacerse sin que, en la adopción de las medidas que le afecten, se valoren también los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, de suerte que no se restrinja o limite más derechos que los que ampara. Y en tal sentido, la supremacía de este interés no se ve comprometida por la desaparición del derecho de uso, ya que los progenitores siguen obligados a proporcionarles una alternativa habitacional igualmente satisfactoria.

Sin embargo, se objeta que con este razonamiento se estaría eludiendo el mandato del art. 96.1 CC, cuyo carácter imperativo está justificado precisamente como salvaguarda del interés superior de los hijos menores, cuya protección debe entenderse preferente a la de los intereses de sus progenitores. De forma que el hecho de que la vivienda pueda servir ahora a otra familia no significa que haya dejado de servir a aquellos en cuyo beneficio se confirió el derecho al uso, ni menos aún que la necesidad de tales menores desaparezca[36]. Por lo que vincular de manera directa y mecánica la nueva convivencia con la extinción del derecho de uso equivale a cargar al menor con la desafectación de la vivienda que, en el plano formal, ha dejado de servir las necesidades de la familia originaria, pero, en el plano material, sigue desempeñando su función primordial respecto del menor originariamente beneficiario del uso[37].

### 4. Decisiones judiciales posteriores

Tras la STS de 20 noviembre 2018, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el mismo tema, haciéndolo siempre de manera coherente con la doctrina previamente establecida en aquella sentencia.

En este sentido, cabe destacar la STS de 29 octubre d 2019[38], la STS de 23 septiembre de 2020[39] y la STS de 23 septiembre 2024[40]. En todas ellas llama la atención la mejora que el propio Tribunal introduce en su doctrina, ya que, a diferencia de lo que ocurrió con la STS de 2018, en estas otras sí establece un plazo concreto para el desalojo del inmueble o, dicho de otra manera, un periodo de demora del derecho ya extinguido, en

35 CABEZUELO ARENAS, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 109, 2019, p. 397.

36 v. MARTÍNEZ CALVO, J. Revista de Derecho Civil, IV-3, 2019, p. 169; MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 774, 2019, p. 1792.

37 GARCÍA MAYO, M. *Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?*, Actualidad Civil, 2, 2019 (ed. digital), p. 6 y 7. También FARNÓS AMORÓS, Revista de Derecho Civil, VIII-4, 2021, p. 26 y 27.

38 (Roj: STS 3489/2019).

39 (Roj: STS 3033/2020).

40 (Roj: STS 4707/2024).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

todos los casos de un año a contar desde la sentencia de casación. Con ello se corrige uno de los defectos que se achacaban a la primera resolución, que se limitó simplemente a remitir la eficacia de la declaración al momento en que se liquidase la ganancialidad, lo que suponía una excesiva indeterminación en el tiempo y un incremento del riesgo de inefectividad de la decisión adoptada.

Otro de los aspectos relevantes de esta ya consolidada doctrina jurisprudencial es la modificación que lleva a cabo el propio Tribunal de la pensión alimenticia a cargo del progenitor que ahora se ve favorecido por la extinción del derecho de uso de la vivienda. La sentencia de 2018 no se planteó, por las razones que expusimos, esta circunstancia, pero en las posteriores sí ha querido el Tribunal solventar las dudas que generaría el silencio sobre esta situación, que abocaría con toda seguridad a un nuevo procedimiento, eternizando con ello las luchas y divergencias de la pareja.

Hemos de señalar que esta nueva doctrina ha tenido su reflejo también en las decisiones de las audiencias provinciales y, aunque en términos generales se adopta y se aplica la solución extintiva indicada por el Tribunal Supremo, lo cierto es que también podemos encontrar sentencias que eluden aplicar este criterio so pretexto de que la atribución del uso se había acordado en convenio regulador y en él no se preveía que la convivencia con un tercero debiera funcionar como causa extintiva de este derecho[41]. Argumento que, a la vista de la doctrina expuesta, parece cuando menos cuestionable.

## IV. CONCLUSIÓN

Como podemos apreciar, la situación derivada de la convivencia marital con un tercero en la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido en un proceso matrimonial tiene un rico espectro de matices que no se limitan al efecto extintivo del derecho, sino que se extiende a aspectos que pueden comprometer fuertemente los intereses de las personas que formaron parte del grupo familiar inicial.

La doctrina jurisprudencial establecida a partir de la STS de 20 noviembre 2018 recoge en buena medida las preocupaciones y quejas que, a nivel doctrinal, llevaban años manifestándose en numerosos trabajos; pero también supuso la recepción de una corriente cada vez más extendida en el ámbito de las audiencias provinciales, que venía optando por declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar y corregir las intolerables injusticias que se habían estado perpetuando por la aplicación de un art. 96 CC claramente insuficiente para responder de forma adecuada a esta problemática.

Dos ideas deberían destacarse por encima del resto: de una parte, la necesidad de evitar automatismos en la aplicación del art. 96 CC, sin perjuicio de reconocer y aceptar su naturaleza imperativa; de otra, la conveniencia de proceder a una actualización del texto legal que lo modernice y lo ponga en armonía con la realidad del

[41] v. SAP Girona (Secc. 1ª) de 22 octubre 2019 (Roj: SAP GI 1683/2019) y SAP Jaén (Secc. 1ª) de 21 enero 2020 (Roj: SAP J 154/2020).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tiempo en que ha de ser aplicado, corrigiendo la insuficiencia y defectos que todavía hoy limitan su eficacia y provocan situaciones que pugnan abiertamente con la noción de justicia.

## V. BIBLIOGRAFÍA

AVIÑÓ BELENGUER, D. L *convivencia marital como causa de extinción del derecho de atribución del uso de la vivienda familiar*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 17 bis, diciembre 2022.

CABEZUELO ARENAS, A. L. *Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 109, 2019.

CABEZUELO ARENAS, A. L. *Convivencia de la guardadora en la vivienda familiar con su pareja y nuevos hijos ¿Debería conformarse el exmarido con una rebaja de los alimentos de los menores?,* Blog HayDerecho, 21 septiembre 2017 (consulta: 21 agosto 2026).

CABEZUELO ARENAS, A.L. *Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 21, 2008.

CERVILLA GARZÓN, M.D., *El artículo 96 del Código civil en el punto de mira*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, 19, 2023.

CUENA CASAS, M. *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero*, Blog HayDerecho, 9 enero 2014 (consulta 17 de agosto de 2026).

CUENA CASAS, M. *Tratado de Derecho de la Familia*, III, 2ª ed., Dir. M. Yzquierdo y M. Cuena, Aranzadi, Navarra, 2017.

FARNÓS AMORÓS, E. *Incidencia de la convivencia marital en la vivienda familiar sobre el derecho de uso atribuido por razón de la guarda de los hijos: interés superior del menor e implicaciones de género*, Revista de Derecho Civil, VIII-4, 2021.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A. *A vueltas con el art. 96 CC tras la reforma de la Ley 8/2021: cuestiones pendientes de regulación acerca de la atribución de la vivienda familiar*, Diario La Ley, 9990, 2022 (ed. digital).

GARCÍA CANTERO, G. *Comentario al art. 96*, en M. ALBALADEJO (Dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA MAYO, M. *Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?*, Actualidad Civil, 2, 2019 (ed. digital).

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. *Incidencia de la convivencia marital con un tercero del progenitor custodio sobre el derecho de uso de la vivienda atribuido a los hijos y a éste/a*, Boletín de Derecho de Familia El Derecho, 2010,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

(https://elderecho.com/incidencia-de-la-convivencia-marital-con-un-tercero-del-progenitor-custodio-sobre-el-derecho-de-uso-de-la-vivienda-atribuido-a-los-hijos-y-a-estea/) (consulta 22 de agosto de 2026).

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C. *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial*, en «El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales», Dykinson, Madrid, 2010.

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. *Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 774, 2019.

MARTÍNEZ CALVO, J. *La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Derecho Civil, IV-3, 2019.

MORO BONILLO, E. *La convivencia con terceros en la vivienda familiar*, Revista de Derecho de Familia, 63, 2014.

ORDÁS ALONSO, M. *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza*, La Ley, 14896, 2018 (ed. digital).

PÉREZ GALVÁN, M. *Convivencia del progenitor custodio con otra persona en la vivienda familiar. Extinción del derecho de uso*, La Ley, 9405, 2019 (ed. digital).

QUESADA PÁEZ, A. *La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con una nueva pareja*, Revista Aranzadi Doctrinal, 6, junio de 2023 (ed. digital).

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. *La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas*, Revista Boliviana de Derecho, 30, 2020.

SÁNCHEZ JORDÁN, E. *Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 48, 2019 (ed. digital).

SANTOS MORÓN, M. J. *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma*, Revista de Derecho Civil, I-3, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Comentario de la STS de 20 de noviembre de 2018. La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar*, en «Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil», vol. 10, Dykinson, Madrid, 2018.

ZUMAQUERO GIL, L. *La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, 41, 2016.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# ACCIÓN CIVIL DE DAÑOS DERIVADA DEL CÁRTEL DE COCHES Y DEL CÁRTEL DE CAMIONES

*Pedro Antonio Martínez García*

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. El cártel como fuente de responsabilidad civil. III. Cártel de coches. 1. Origen del asunto y conducta sancionada. 2. La existencia del cártel no se discute en el pleito civil. 3. Trayectoria jurisprudencial. 4. Naturaleza de la acción. 5. Competencia objetiva y territorial. 6. Procedimiento aplicable. 7. Prescripción. 8. Daño indemnizable y cantidad reclamable. IV. Cártel de camiones. 1. Origen del asunto y conducta sancionada. 2. La existencia del cártel tampoco se discute. 3. Trayectoria jurisprudencial y doctrina del Tribunal Supremo. 4. Naturaleza de la acción, competencia objetiva y procedimiento aplicable. 5. Competencia territorial. 6. Prescripción de la acción. 7. Daño indemnizable y cantidad reclamable. V. Conclusiones. VI. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio del denominado cártel de coches y del cártel de camiones presenta un indudable interés práctico, doctrinal y jurisprudencial. No nos encontramos ante una materia puramente teórica, ni ante una cuestión aislada del Derecho de la competencia, sino ante un asunto que ha supuesto una gran litigiosidad civil durante los últimos años.

Ambos asuntos han dado lugar a resoluciones administrativas sancionadoras, a pronunciamientos relevantes del Tribunal Supremo y a importantes decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente en materia de prescripción, prueba del daño y efectividad de las acciones indemnizatorias derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

Su relevancia jurídica es evidente ya que en estos procedimientos se cruzan normas de Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho procesal, Derecho de la competencia y Derecho de la Unión Europea. La materia obliga a estudiar la competencia objetiva y territorial, el procedimiento aplicable, la naturaleza de la acción, la prescripción, la carga de la prueba, la cuantificación del daño y el valor de las resoluciones administrativas sancionadoras en el posterior proceso civil.

Ahora bien, aunque ambos supuestos se suelen citar conjuntamente, no deben confundirse. El cártel de coches y el cártel de camiones presentan elementos comunes, pero también diferencias muy relevantes. La principal coincidencia reside en que ambos parten de una infracción del Derecho de la competencia ya declarada por la autoridad competente. La principal diferencia se encuentra en el origen de la infracción, en la naturaleza de la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

conducta sancionada, en el perfil habitual del perjudicado y en el grado de consolidación jurisprudencial sobre la cuantificación del daño.

El objeto de este trabajo es exponer, de forma sistemática, el régimen civil de reclamación de daños derivado de ambos cárteles, prestando especial atención a su tratamiento jurisprudencial y a las consecuencias prácticas que se derivan para el ejercicio de las correspondientes acciones indemnizatorias.

## II. EL CÁRTEL COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El punto de partida debe situarse en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que prohíbe las conductas colusorias. Dicho precepto establece que "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional".

Entre las conductas prohibidas se incluye, de forma expresa, la fijación directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, la limitación o control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

El mercado debe funcionar mediante la libre competencia entre operadores económicos, de manera que cuando las empresas competidoras sustituyen esa competencia por una coordinación ilícita, se altera artificialmente el funcionamiento normal del mercado. Esa alteración puede provocar un sobreprecio, una distorsión de las condiciones de contratación o una pérdida de oportunidad económica para quienes adquieren los bienes o servicios afectados.

Por ello se habla de cártel. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua lo define como "convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial". En sentido estricto, el cártel suele asociarse a acuerdos secretos entre empresas competidoras para fijar precios, repartirse mercados o coordinar condiciones comerciales. Sin embargo, en la práctica jurídica, la expresión se utiliza también para referirse a otras formas de coordinación anticompetitiva, como el intercambio sistemático de información comercialmente sensible, siempre que dicha conducta tenga aptitud para restringir o falsear la competencia.

La importancia del cártel desde la perspectiva civil reside en que la infracción del Derecho de la competencia puede generar una acción de daños a favor de los perjudicados. Esa acción tiene como finalidad reparar el daño sufrido y colocar al perjudicado en la situación patrimonial en la que se habría encontrado si la infracción no se hubiera producido.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En este ámbito resulta aplicable la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Esta Directiva pretende garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener el pleno resarcimiento del daño sufrido.

La Directiva fue transpuesta al Derecho español mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que modificó, entre otras normas, la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta reforma incorporó al ordenamiento español un régimen específico para las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, incluyendo reglas sobre prescripción, cuantificación del daño, responsabilidad de los infractores y acceso a fuentes de prueba.

Especial relevancia tiene la introducción de los artículos 283 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos al acceso a fuentes de prueba. Esta herramienta procesal resulta especialmente importante en materia de cárteles, porque el perjudicado suele encontrarse en una situación de clara asimetría informativa respecto de las empresas infractoras. El comprador conoce el producto adquirido, el precio abonado y la existencia de una resolución sancionadora, pero normalmente no dispone de la documentación interna, de los datos económicos ni de la información comercial necesaria para cuantificar con exactitud el sobreprecio soportado. De ahí la importancia del acceso a fuentes de prueba y de la posibilidad de estimación judicial del daño cuando la cuantificación exacta resulte especialmente difícil.

## III. CÁRTEL DE COCHES

### 1. Origen del asunto y conducta sancionada

El denominado cártel de coches tiene su origen en España y deriva, principalmente, de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo CNMC) de 23 de julio de 2015, dictada en el expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles. En dicha resolución, la CNMC declaró la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cometida por diversas empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles en España. La conducta sancionada consistió, esencialmente, en el intercambio sistemático de información comercialmente sensible, estratégica y confidencial entre operadores del sector.

No se trataba necesariamente de un pacto directo y expreso de precios finales de venta al consumidor, como podría suceder en el modelo más clásico de cártel, sino de una práctica de intercambio de información entre competidores apta para reducir la incertidumbre propia del mercado. Esta información era concerniente a políticas comerciales, márgenes, descuentos, rentabilidad, servicios de posventa, marketing, estrategias de distribución y otros datos relevantes para la competencia efectiva.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La relevancia jurídica de esa conducta radica en que los competidores no deben compartir información que les permita conocer o anticipar la estrategia comercial de los demás, porque ello puede alterar el funcionamiento normal del mercado.

Desde el punto de vista temporal, las prácticas no afectaron exactamente al mismo periodo para todas las empresas. El problema suele situarse entre los años 2006 y 2013, pero en cada reclamación concreta debe comprobarse la marca, la fecha de adquisición del vehículo y el periodo específico de participación de la empresa demandada.

## 2. La existencia del cártel no se discute en el pleito civil

La idea esencial es que en el procedimiento civil de reclamación de daños derivado del cártel de coches no se discute si existió o no existió el cártel, puesto que la existencia de la infracción ya fue declarada por la CNMC en su Resolución de 23 de julio de 2015. Por tanto, el juez civil no tiene que volver a decidir si hubo o no una conducta colusoria. Esa cuestión constituye el presupuesto de partida de la reclamación, de manera que el pleito civil no se plantea para descubrir si hubo cártel, ni para repetir el expediente administrativo, ni para revisar la decisión de la autoridad de competencia. El cártel ya fue declarado por la autoridad administrativa competente en materia de defensa de la competencia.

Lo que se discute en el procedimiento civil es el alcance de la responsabilidad derivada de esa conducta anticompetitiva. En concreto, se centra en determinar si el vehículo adquirido por el demandante está comprendido dentro del ámbito de la infracción declarada, si la conducta colusoria produjo un daño indemnizable al comprador, si existe relación causal entre la infracción y el perjuicio reclamado, y qué cantidad debe abonarse en concepto de indemnización.

## 3. Trayectoria jurisprudencial

A lo largo del año 2021, el Tribunal Supremo resolvió numerosos recursos relacionados con el cártel de fabricantes de automóviles, que han fijado doctrina sobre este particular. Entre las sentencias relevantes pueden citarse, a efectos doctrinales, la STS 1205/2021, de 5 de octubre, y la STS 1420/2021, de 1 de diciembre.

La importancia de estas resoluciones reside en que consolidan, desde la perspectiva de la impugnación de la resolución sancionadora, el punto de partida de las posteriores acciones civiles de daños.

## 4. Naturaleza de la acción

La acción ejercitada por los compradores afectados es una acción de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el artículo 1902 del Código Civil, conforme al cual quien por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

No se reclama por incumplimiento contractual del contrato de compraventa del vehículo. El comprador no sostiene propiamente que el vendedor incumpliera las obligaciones ordinarias de entrega, saneamiento o garantía del vehículo. Lo que se reclama es el daño sufrido como consecuencia de una conducta anticompetitiva previa, imputable a los operadores sancionados.

Por eso la acción tiene naturaleza extracontractual ya que el daño no nace del incumplimiento directo del contrato de compraventa, sino de una infracción del Derecho de la competencia que habría alterado las condiciones normales del mercado y provocado un posible sobreprecio.

Esta calificación tiene consecuencias importantes, pues afecta al plazo de prescripción, al *dies a quo*, a la competencia judicial y a la forma de probar el daño.

## 5. Competencia objetiva y territorial

La competencia objetiva corresponde a los órganos mercantiles, por tratarse de procedimientos civiles de aplicación del Derecho de la competencia. La acción, aunque tenga forma de reclamación de cantidad, encuentra su fundamento material en una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por ello, la competencia objetiva no corresponde al juzgado civil ordinario, sino al órgano especializado en materia mercantil. En concreto, a día de la fecha, sería competencia de la sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia, antes llamados Juzgados de lo Mercantil.

En cuanto a la competencia territorial, el cártel de coches presenta una especialidad tuitiva de consumo ya que el demandante es con frecuencia un consumidor, porque adquirió un turismo para uso particular. Esa circunstancia permite aplicar el fuero especial de consumidores previsto en el artículo 52.3 LEC. Conforme a dicho precepto, cuando las normas anteriores no se apliquen a litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios, será competente, a elección del consumidor, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51 LEC. Por tanto, si el comprador es consumidor, la demanda puede presentarse ante el órgano mercantil del domicilio del consumidor demandante.

Ahora bien, si el comprador no es consumidor (por ejemplo, una sociedad, un autónomo o un profesional que adquirió el vehículo para su actividad) la solución puede variar. En ese caso habrá que valorar el domicilio del demandado, el lugar de producción de efectos y la eventual aplicación analógica de criterios utilizados en la litigación del cártel de camiones, al que nos remitimos.

## 6. Procedimiento aplicable

Aunque el artículo 249.1.4.º LEC contempla el juicio ordinario para determinadas demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

debe distinguirse entre la acción que pretende la declaración de un ilícito competencial y la acción que únicamente reclama una indemnización por un ilícito ya declarado.

En el cártel de coches, normalmente no se pide que el juzgado declare por primera vez la existencia de una infracción del Derecho de la competencia. Esa infracción ya ha sido declarada por la CNMC. Lo que se ejercita es una acción de condena al pago de una indemnización por el daño causado.

Por ello, el procedimiento vendrá determinado, en principio, por la cuantía reclamada. Tras la reforma procesal operada por la Ley Orgánica 1/2025, el juicio verbal se extiende, con carácter general, a las demandas cuya cuantía no exceda de 15.000 euros, quedando el juicio ordinario para las demandas que excedan de dicha cuantía o cuya cuantía resulte inestimable, sin perjuicio de las reglas especiales por razón de la materia.

## 7. Prescripción

La prescripción es una de las cuestiones que ha sido más controvertida en el cártel de coches.

No basta con tomar de forma automática la fecha de la resolución sancionadora de la CNMC de 23 de julio de 2015, porque dicha resolución fue recurrida y la firmeza se fue produciendo posteriormente en relación con las distintas empresas. La referencia europea de mayor importancia práctica es la STJUE de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, dictada en relación con el cártel de camiones, pero aplicada después por muchos órganos jurisdiccionales en litigios del cártel de coches. Dicha sentencia declaró que los plazos nacionales de prescripción de las acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia no pueden empezar a correr antes de que haya cesado la infracción ni antes de que el perjudicado conozca, o haya podido razonablemente conocer, la información indispensable para ejercitar la acción.

Esta doctrina se proyecta sobre el cártel de coches por exigencia del principio de efectividad del Derecho de la Unión. El perjudicado debe disponer de una oportunidad real de reclamar, sin verse obligado a demandar antes de conocer adecuadamente la existencia de la infracción, su alcance, la identidad de los infractores y la posibilidad de cuantificar el daño.

La Directiva 2014/104/UE y su transposición al ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 9/2017 introdujeron un plazo de prescripción de cinco años para las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia.

En términos prácticos, en el cártel de coches se ha venido defendiendo que muchas acciones pueden ejercitarse o interrumpirse hasta los años 2026 o 2027, en función de la fecha de firmeza de la resolución respecto de cada marca y de los actos interruptivos realizados. Ahora bien, debe evitarse una respuesta automática. En cada caso habrá que comprobar la fecha de firmeza respecto de la empresa demandada, la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

fecha de adquisición del vehículo, la fecha de conocimiento razonable de la infracción y si se realizaron reclamaciones extrajudiciales interruptivas.

### 8. Daño indemnizable y cantidad reclamable

La acción civil tiene por objeto reclamar el sobreprecio soportado por el comprador como consecuencia de la conducta anticompetitiva. La lógica indemnizatoria es la del pleno resarcimiento: colocar al perjudicado en la situación patrimonial en la que se habría encontrado de no haberse producido la infracción.

En el cártel de coches no existe todavía una doctrina del Tribunal Supremo tan cerrada como en el cártel de camiones sobre la cuantificación del daño. Sin embargo, en la práctica judicial se ha ido consolidando en muchas Audiencias Provinciales una solución prudente: estimar el daño en el 5% del precio de adquisición del vehículo, impuestos incluidos, más los intereses legales desde la fecha de compra.

Ahora bien, esta regla exige varias cautelas. En primer lugar, no se trata de una cantidad fija igual para todos. La indemnización se calcula sobre el precio concreto abonado por el vehículo. En segundo lugar, el 5% no tiene en coches el mismo grado de consolidación que en camiones. En el cártel de camiones, como veremos, el Tribunal Supremo ha admitido con claridad la estimación judicial del daño en ese porcentaje cuando la pericial no permite una cuantificación superior. En coches, en cambio, la traslación automática resulta más discutible, porque la infracción sancionada consistió principalmente en intercambio de información comercialmente sensible, no necesariamente en un pacto directo de precios finales. En tercer lugar, puede reclamarse un porcentaje superior si existe una pericial sólida que lo justifique. Algunas reclamaciones han interesado porcentajes del 10%, 12% o 15%, pero esos porcentajes requieren una prueba económica más intensa. Si la pericial se apoya únicamente en estudios generales sobre otros cárteles o en literatura económica no conectada suficientemente con el mercado español de automóviles, existe un riesgo elevado de que el tribunal reduzca la indemnización.

Por tanto, la fórmula práctica más prudente consiste en reclamar la indemnización correspondiente al sobreprecio soportado conforme al informe pericial acompañado y, subsidiariamente, interesar el 5% del precio de adquisición del vehículo, impuestos incluidos, más los intereses legales desde la fecha de compra.

## IV. CÁRTEL DE CAMIONES

### 1. Origen del asunto y conducta sancionada

El denominado cártel de camiones tiene un origen distinto al cártel de coches. Mientras que el cártel de coches deriva de una resolución de la CNMC española, el cártel de camiones deriva de una Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, dictada en el asunto AT.39824, Camiones.

La Comisión Europea sancionó a diversos fabricantes por haber participado en una infracción del Derecho de la competencia de la Unión Europea, concretamente del artículo 101 TFUE, mediante acuerdos o prácticas

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

concertadas que afectaban al mercado de camiones medios y pesados. La conducta sancionada consistió, esencialmente, en la coordinación entre fabricantes sobre tres aspectos principales: (i) los precios brutos de los camiones medios y pesados, (ii) el calendario de introducción de las tecnologías de emisiones exigidas por la normativa europea y (iii) la repercusión a los clientes de los costes derivados de la implantación de esas tecnologías de emisiones.

Por tanto, a diferencia del cártel de coches, donde la conducta sancionada se centraba fundamentalmente en el intercambio de información comercialmente sensible, en el cártel de camiones estamos ante una conducta más próxima al modelo clásico de cártel en el que se constata la coordinación entre competidores sobre elementos directamente vinculados al precio y a las condiciones de comercialización. Esta diferencia es importante. En coches, la traducción de la infracción en un concreto sobreprecio puede resultar más discutida. En camiones, la conexión entre la conducta sancionada y el precio pagado por el comprador aparece, al menos en términos generales, de forma más directa.

## 2. La existencia del cártel tampoco se discute

Al igual que sucede en el cártel de coches, en el procedimiento civil de reclamación de daños por el cártel de camiones tampoco se discute si existió o no existió el cártel. La existencia de la infracción fue declarada por la Comisión Europea. Por tanto, el juez civil español no tiene que volver a analizar si hubo o no una conducta colusoria entre los fabricantes de camiones. Esa cuestión constituye el presupuesto de partida del litigio.

Lo que se discute en el pleito civil es el alcance de la responsabilidad civil derivada de esa conducta anticompetitiva. En concreto, si el camión adquirido por el demandante se encuentra dentro del ámbito objetivo y temporal de la infracción, si el comprador sufrió un daño indemnizable, si existe relación causal entre la infracción y el perjuicio reclamado, y qué cantidad debe abonarse como indemnización.

## 3. Trayectoria jurisprudencial y doctrina del Tribunal Supremo

El cártel de camiones ha dado lugar a una litigación masiva en España. La cuestión llegó al Tribunal Supremo, que dictó un conjunto muy relevante de sentencias en junio de 2023.

Entre las resoluciones principales pueden citarse las SSTS 923/2023 a 928/2023, de 12 de junio; las SSTS 939/2023 a 942/2023, de 13 de junio; y las SSTS 946/2023 a 950/2023, de 14 de junio. Estas sentencias son esenciales porque el Tribunal Supremo fija una doctrina práctica sobre tres cuestiones centrales: la existencia de daño en los supuestos de cártel, la valoración de los informes periciales aportados por las partes y la posibilidad de que el juez realice una estimación judicial del daño cuando la prueba pericial no permite una cuantificación exacta.

La doctrina del Supremo parte de que en un cártel de estas características resulta razonable presumir que la infracción ha generado un daño. La experiencia económica enseña que los cárteles suelen provocar una elevación artificial de precios o, al menos, una distorsión de las condiciones normales de mercado.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Ahora bien, esa afirmación no significa que el demandante quede completamente liberado de la carga de alegar y probar. El perjudicado debe aportar una base mínima: adquisición del camión, inclusión del fabricante en la infracción, periodo afectado, precio pagado y, normalmente, informe pericial sobre el sobreprecio.

La importancia de la doctrina del Supremo reside en que, aun cuando las periciales no permitan acreditar con plena precisión el porcentaje exacto de sobreprecio, el juez no debe negar automáticamente toda indemnización si considera acreditado que el cártel produjo un daño. En ese caso, puede realizar una estimación judicial prudente.

**4. Naturaleza de la acción, competencia objetiva y procedimiento aplicable**

En estos puntos procede remitirse a lo ya expuesto respecto del cártel de coches. También en el cártel de camiones la acción ejercitada por los compradores afectados es una acción de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el artículo 1902 del Código Civil, en relación con el régimen especial de las acciones de daños por infracción del Derecho de la competencia.

No se reclama porque el contrato de compraventa del camión haya sido incumplido. El camión fue entregado y el contrato se ejecutó. Lo que se reclama es el perjuicio económico derivado de haber adquirido el camión en un mercado alterado por una conducta colusoria.

La competencia objetiva corresponde igualmente a la sección de lo Mercantil, al tratarse de una acción civil de daños derivada de una infracción del Derecho de la competencia. La diferencia principal es que, en camiones, el fundamento europeo aparece con más intensidad, porque la infracción fue declarada por la Comisión Europea y se vincula directamente con el artículo 101 TFUE.

En cuanto al procedimiento aplicable, rige también la idea general de que no se solicita que se declare por primera vez la existencia del ilícito competencial, sino que se reclama una indemnización derivada de una infracción ya declarada, el procedimiento se determinará, en principio, por razón de la cuantía reclamada. En la práctica, muchas reclamaciones por el cártel de camiones se tramitarán por juicio ordinario, porque el precio de adquisición de un camión suele ser elevado y, en consecuencia, el importe reclamado puede superar con facilidad el límite cuantitativo del juicio verbal.

**5. Competencia territorial**

Aquí sí existe una diferencia relevante respecto del cártel de coches. En el cártel de coches, el demandante suele ser un consumidor que adquirió un turismo para uso particular. Por eso puede operar el fuero especial del artículo 52.3 LEC. En el cártel de camiones, en cambio, el comprador suele ser una empresa de transporte, una sociedad mercantil, un autónomo o un profesional que adquirió el vehículo para su actividad económica. Por tanto, normalmente no nos encontramos ante un consumidor.

Ante la falta de una regla territorial específica para las acciones civiles de daños por infracción del Derecho de la competencia, el Tribunal Supremo acudió al fuero más próximo: el previsto para las acciones de competencia desleal en el artículo 52.1.12.º LEC. El criterio aparece recogido, entre otros, en el ATS de 26 de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

febrero de 2019, conflicto de competencia 262/2018, en el que se razonó que el fuero más próximo a la regulación de las acciones de Derecho privado de la competencia era el de competencia desleal. Conforme a ese criterio, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio o residencia. Además, esta regla debe completarse con el artículo 53.2 LEC, de manera que, si la demanda pudiera corresponder a juzgados de más de un lugar, el demandante podrá optar por cualquiera de ellos.

**6. Prescripción de la acción**

La prescripción es una cuestión especialmente importante en el cártel de camiones, porque precisamente la sentencia europea de referencia sobre esta materia se dictó en relación con este cártel.

La resolución fundamental es la STJUE de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, *Volvo y DAF Trucks*. Esta sentencia declaró que los plazos nacionales de prescripción de las acciones por daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia no pueden empezar a correr antes de que haya cesado la infracción ni antes de que el perjudicado conozca, o haya podido razonablemente conocer, la información indispensable para ejercitar su acción.

Esta doctrina se apoya en el principio de efectividad del Derecho de la Unión. Si el perjudicado no conoce todavía la existencia de la infracción, la identidad de los infractores, el alcance de la conducta y los datos esenciales para poder reclamar no puede exigírsele razonablemente que ejercite una acción indemnizatoria.

En el cártel de camiones hay que manejar varias fechas con precisión. La primera fecha es la de adquisición del camión. Esta fecha es relevante para saber si el vehículo fue comprado dentro del periodo afectado por la infracción y para calcular, en su caso, los intereses legales desde la compra. Sin embargo, no debe tomarse automáticamente como fecha inicial de la prescripción. El comprador pudo adquirir el camión durante el periodo "cartelizado" sin conocer entonces la existencia del cártel. La segunda fecha es la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, dictada en el asunto AT.39824, Camiones. La Comisión Europea declaró que determinados fabricantes habían participado en una infracción del artículo 101 TFUE relativa a camiones medios y pesados. La tercera fecha relevante es la publicación del resumen de la Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea, que tuvo lugar el 6 de abril de 2017. Esta fecha es muy importante porque permite situar, al menos con carácter general, el momento en que el perjudicado pudo disponer de una información pública suficiente sobre la existencia de la infracción, los fabricantes implicados, el tipo de conducta sancionada y el periodo afectado. Por tanto, para el cómputo de la prescripción no basta con decir que el camión se compró en una determinada fecha. Debe analizarse cuándo pudo el perjudicado conocer razonablemente la información indispensable para ejercitar la acción.

Antes de la transposición de la Directiva 2014/104/UE, el plazo aplicable a las acciones extracontractuales del artículo 1902 del Código Civil era el del artículo 1968.2.º CC, esto es, un año. Sin embargo, la Directiva 2014/104/UE estableció un plazo mínimo de cinco años para las acciones de daños por infracciones del

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Derecho de la competencia. En España, ese régimen fue incorporado por el Real Decreto-ley 9/2017, que introdujo el actual artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia, conforme al cual la acción para exigir responsabilidad por daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia prescribe a los cinco años.

La relevancia práctica de la STJUE de 22 de junio de 2022 está en que permitió aplicar el plazo de cinco años a muchas reclamaciones derivadas del cártel de camiones cuando, en la fecha de transposición de la Directiva, la acción todavía no estaba prescrita conforme al Derecho nacional anterior.

### 7. Daño indemnizable y cantidad reclamable

La acción civil tiene por objeto reclamar el sobreprecio soportado por el comprador como consecuencia de la conducta anticompetitiva. La lógica indemnizatoria es la misma que en coches: colocar al perjudicado en la situación patrimonial en la que se habría encontrado de no haberse producido la infracción.

Ahora bien, en camiones la doctrina del Tribunal Supremo está mucho más consolidada.

El Tribunal Supremo ha admitido que, tratándose de un cártel de estas características, resulta razonable entender que la conducta infractora produjo daño. El cártel tenía por objeto coordinar elementos relevantes del precio y de las condiciones de comercialización de camiones medios y pesados. Por ello, no resulta lógico pensar que una infracción de esa naturaleza fuera inocua para los compradores.

La cuantificación del daño y, por consiguiente, de la indemnización, exige prueba, normalmente mediante informe pericial. El problema es que muchas periciales aportadas en estos procedimientos no han convencido plenamente a los tribunales para reconocer porcentajes elevados de sobreprecio.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo ha optado por una solución equilibrada para sentar doctrina, de manera que cuando se considera acreditada la existencia del daño, pero la prueba pericial no permite fijar con exactitud un porcentaje superior, el tribunal puede realizar una estimación judicial del daño. La estimación judicial consolidada por el Supremo en el cártel de camiones se sitúa en el 5% del precio de adquisición del camión, más los intereses legales desde la fecha de compra.

Esta doctrina es muy relevante porque evita negar toda indemnización por insuficiencia de la pericial, pese a la existencia de un cártel objetivamente apto para causar daño, o conceder automáticamente porcentajes elevados sin una prueba económica suficientemente sólida.

El 5% funciona, por tanto, como una estimación judicial prudente, no como una sanción ni como una indemnización punitiva. La finalidad es reparar el daño probable sufrido por el comprador cuando no es posible una cuantificación exacta.

## V. CONCLUSIONES

El cártel de coches y el cártel de camiones constituyen dos ejemplos paradigmáticos de acciones civiles de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En ambos supuestos, el pleito civil no tiene por objeto declarar nuevamente la existencia del cártel. La infracción ya fue declarada por la autoridad competente, esto es, la CNMC en el caso de coches y la Comisión Europea en el caso de camiones.

La acción ejercitada por los compradores afectados tiene naturaleza de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el artículo 1902 del Código Civil, en conexión con el régimen especial de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil (hoy sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia), dada la naturaleza concurrencial de la acción ejercitada.

En materia de competencia territorial existe una diferencia relevante. En coches, cuando el comprador sea consumidor, puede operar el fuero del artículo 52.3 LEC. En camiones, al tratarse normalmente de compradores profesionales, la jurisprudencia ha acudido al fuero de competencia desleal del artículo 52.1.12.º LEC, por analogía.

La prescripción debe analizarse conforme al principio de efectividad del Derecho de la Unión. No debe computarse de forma automática desde la adquisición del vehículo, sino desde el momento en que el perjudicado pudo conocer razonablemente la información indispensable para ejercitar la acción.

La Directiva 2014/104/UE y el Real Decreto-ley 9/2017 introdujeron un plazo de cinco años para las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, actualmente recogido en el artículo 74 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En el cártel de camiones, el Tribunal Supremo ha consolidado la posibilidad de estimar judicialmente el daño en el 5% del precio de adquisición del camión, más intereses legales desde la compra, cuando no exista prueba pericial suficiente para reconocer un porcentaje superior.

En el cártel de coches, el criterio del 5% es utilizado con frecuencia por muchas Audiencias Provinciales, pero debe manejarse con mayor cautela, al no existir todavía una doctrina del Tribunal Supremo tan consolidada como en camiones.

La diferencia esencial entre ambos supuestos es que en camiones la doctrina indemnizatoria se encuentra más cerrada, mientras que en coches sigue existiendo un margen mayor de discusión sobre la prueba del daño y su cuantificación.

## VI. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

### Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R. (2025). La implementación del Derecho de la UE y su control judicial. EUROPEAN INKLINGS (EUi).

AÑÓN CALVETE, J. (2016). Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre). Noticias Jurídicas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2016). Derecho europeo e interés casacional objetivo. Almacén de Derecho.

CALAZA LÓPEZ, S. (2025). Inteligencia natural, emocional y artificial como nuevos paradigmas de la Administración de Justicia. Madrid: Dykinson

CUYVERS, A. (2017). General Principles of EU Law. Universiteit Leiden, The Netherlands.

LENAERTS, K. (2011). Union Law and its Effects in the National Legal Systems. Sweet & Maxwell Ltd.

MARTÍNEZ GARCÍA, P. A. (2023). El control de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de ejecución de préstamos hipotecarios. Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado, S.L. (CEJUP), 159-161.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario. Voz: cártel.

VALLEJO ROS, C. (2022). Cuestiones prácticas acerca del cártel de coches. Revista jurídica sobre consumidores. Vlex.

**Jurisprudencia y resoluciones**

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13, Fabricantes de Automóviles.

Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824, Camiones.

STJUE de 22 de junio de 2022, asunto C-267/20, Volvo y DAF Trucks.

ATS de 26 de febrero de 2019, conflicto de competencia núm. 262/2018.

STS 1205/2021, de 5 de octubre.

STS 1420/2021, de 1 de diciembre.

SSTS 923/2023, 924/2023, 925/2023, 926/2023, 927/2023 y 928/2023, de 12 de junio.

SSTS 939/2023, 940/2023, 941/2023 y 942/2023, de 13 de junio.

SSTS 946/2023, 947/2023, 948/2023, 949/2023 y 950/2023, de 14 de junio.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2026.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SANIDAD: RESPONSABILIDAD JURÍDICA POR LAS DECISIONES ASISTIDAS POR IA

*Antonio Francisco Mazuecos Asid*

Doctor en Derecho. Fiscal sustituto adscrito a la Fiscalía Provincial de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción: la irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario. II. Aproximación conceptual: inteligencia artificial, algoritmo y robot sanitario. III. El debate sobre la personalidad jurídica de los sistemas de inteligencia artificial sanitarios. IV. Marco normativo de referencia. V. Fundamentos de la responsabilidad civil por decisiones sanitarias asistidas por inteligencia artificial. VI. El consentimiento informado y la autonomía del paciente ante la inteligencia artificial. VII. Protección de datos personales y decisiones automatizadas en el ámbito sanitario. VIII. Una breve referencia a la responsabilidad penal sanitaria derivada del uso de inteligencia artificial. IX. Propuestas de lege ferenda. X. Conclusiones. XI. Bibliografía*

**Resumen:** *El uso de sistemas de inteligencia artificial a la práctica asistencia, desde algoritmos de apoyo al diagnóstico hasta los robots quirúrgicos dotados de autonomía funcional, ha supuesto una modificación de gran importancia en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria.*

*Por ello, el presente trabajo se centra en analizar los principales interrogantes que presenta la atribución de responsabilidad cuando el daño al paciente tiene su origen, de manera total o parcial, en una decisión asistida por inteligencia artificial. De este modo, se pretende analizar de manera sucesiva el debate doctrinal acerca de la eventual personalidad jurídica de los sistemas inteligentes, el marco normativo europeo y español aplicable a la cuestión, especialmente la Directiva 85/374/CEE y el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, los diferentes tipos de imputación de responsabilidad civil (responsabilidad por producto defectuoso y responsabilidad profesional por culpa), la incidencia del consentimiento informado y de la protección de datos personales, así como la responsabilidad penal en el ámbito sanitario.*

*Finalmente, el análisis concluye con un conjunto de propuestas de lege ferenda encaminadas a dotar de una mayor seguridad jurídica a los pacientes, profesionales sanitarios, hospitales y fabricantes de tecnología destinada al sector sanitario.*

## I. LA IRRUPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

La inteligencia artificial es uno de los fenómenos tecnológicos más transcendentales de las últimas décadas, hasta el punto de que puede ser calificado como exponencial. En este sentido, la Unión Europea estima que la inversión pública y privada en inteligencia artificial alcanzará los ciento setenta mil millones de euros en el año 2027, lo que revela que estamos ante una verdadera pieza clave para las políticas de investigación e innovación en los próximos años[1].

[1] Comisión Europea. (2018, 14 de febrero). Un marco financiero plurianual nuevo y moderno para una Unión Europea que cumpla de manera eficiente con sus prioridades posteriores a 2020 (COM(2018) 98 final). EUR-Lex. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0098

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Este fuerte impacto económico y social, adquiere una dimensión cualitativamente diferente cuando el ámbito al que afecta es la salud humana, ya que en dicho campo entran en juego bienes jurídicos de especial protección, como el derecho a la vida, la integridad física y moral, la salud y la intimidad, por lo que su eventual lesión reclama respuestas jurídicas bien depuradas. Por ello, la utilización de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario se presenta de dos maneras: física e inmaterial, por lo que conviene distinguir ambos planos desde el principio. Por un lado, la inteligencia artificial se presenta a través de elementos físicos, como por ejemplo los robots quirúrgicos, los robots que dispensan fármacos o los dispositivos de telepresencia en unidades de cuidados intensivos, lo que da lugar a lo que la doctrina ha denominado *robots inteligentes* (HERRERA DE LAS HERAS)[2]. Por otro lado, se manifiesta como software carente de soporte corpóreo reconocible, incorporado a los sistemas de apoyo a la decisión clínica, a los algoritmos de diagnóstico por imagen o a las historias clínicas electrónicas dotadas de capacidades predictivas (RAMÓN FERNÁNDEZ)[3]. Ambas manifestaciones, comparten la misma problemática, esto es, la capacidad cada vez mayor que tienen estos sistemas para operar de manera autónoma, lo que desde el plano jurídico dificulta sobre manera la imputación causal del daño a un sujeto humano concreto.

El uso de la inteligencia artificial en el diagnóstico de enfermedades, en el seguimiento de patologías, en la atención y cuidados paliativos o, con mayor intensidad, en la realización de intervenciones quirúrgicas de gran precisión, nos sitúa en un escenario en el que las categorías jurídicas clásicas de responsabilidad civil, asentadas sobre la acción humana individualizable, se tornan claramente insuficientes (MELO)[4].

Por ello, a través del presente estudio, se trata de ofrecer al lector un análisis de los principales problemas jurídicos que entraña la responsabilidad por las decisiones sanitarias tomadas a partir de la asistencia a través de inteligencia artificial, para lo que hay que partir de una análisis conceptual y normativo previo para poder abordar la cuestión con cierto rigor.

De este modo, en una primera parte se ofrecerá una aproximación conceptual a la inteligencia artificial y a lo que vamos a denominar *robot sanitario*, para adentrarnos posteriormente en la conveniencia de dotar a estos sistemas de algún tipo de personalidad jurídica. Acto seguido, analizaremos el escenario normativo a nivel nacional y europeo, haciendo una especial mención al régimen jurídico de responsabilidad por productos defectuosos y el proceso de adaptación a los riesgos del uso de la inteligencia artificial. Finalmente, el núcleo del análisis se centrará en el examen de los diferentes títulos de imputación de responsabilidad civil sanitaria

[2] Herrera de las Heras, R. (2021). Inteligencia artificial, robots y personalidad jurídica. En M. J. Cruz Blanca & I. Lledó Benito (Coords.), La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0: Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes (pp. 29-49). Dykinson.

[3] Ramón Fernández, F. (2021). Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), 329–351.

[4] Melo, V. (2024). Inteligencia artificial aplicada a la atención sanitaria: Los desafíos que se plantean a la hora de la responsabilidad. El Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

y al problema específico relativo al nexo causal, cerrando el estudio con referencias al consentimiento informado, a la protección de datos personales, a la responsabilidad penal sanitaria, concluyendo con algunas propuestas de *lege ferenda.*

## II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMO Y ROBOT SANITARIO

### 1. Definiciones normativas y doctrinales

Han transcurrido más de 70 años desde que McCarthy, Minsky y Shannon acuñasen el término *inteligencia artificial* en la Conferencia de Dartmouth de 1956, al adelantar la posibilidad de que una máquina razonase como un ser humano, fuese capaz de aprender de sus errores y experiencias y resolviese problemas más o menos difíciles (HERRERA DE LAS HERAS)[5], Si bien es cierto Que ninguna de las definiciones propuestas ha alcanzado consenso universal lo que ha sido incluso puesto de relieve en la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional del año 2018. Si bien ello no supone un obstáculo para que a los efectos del presente trabajo se tenga como referencia la definición acuñada Por el Parlamento Europeo en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, de 16 de febrero de 2017, que caracteriza a la inteligencia artificial como el sistema basado en programas informáticos o incorporado en determinados dispositivos físicos, que muestra un comportamiento que es capaz de simular la inteligencia mediante la recopilación y el tratamiento de datos, el análisis y la interpretación de su entorno, así como la adopción de medidas con un cierto grado de autonomía, con el fin de lograr unos objetivos o metas determinados. Esta definición ha sido asumida también por la Comisión Europea en su documento de inteligencia artificial para Europa, resultando esta definición preferible por su carácter más comprensivo y por haber inspirado la posterior labor de revisión de la normativa de la Unión Europea en materia de responsabilidad civil[6].

Pero además del concepto de inteligencia artificial cabe dar una definición para determinar el concepto de robot, entendido de la manera más elemental posible como aquella máquina, capaz de ser programada para llevar a cabo tareas o trabajos que antes sólo estaban reservados a las personas. En este sentido, el Parlamento Europeo, en la antedicha Resolución de 2017, delimitó las características del robot inteligente, para lo que exigió la concurrencia cumulativa de los siguientes elementos: i) capacidad de adquirir autonomía mediante sensores o a través del intercambio de datos con su entorno; ii) capacidad de autoaprendizaje a través de la experiencia y de la interacción; iii) disposición de un soporte físico mínimo; iv) capacidad de adaptar su

[5] Herrera de las Heras, R. (2022). Aspectos legales de la inteligencia artificial: Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil. Dykinson.

[6] Herrera de las Heras, R. (2021). Inteligencia artificial, robots y personalidad jurídica. En M. J. Cruz Blanca & I. Lledó Benito (Coords.), La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0: Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes (pp. 29-49). Dykinson.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

comportamiento y las acciones que lleva a cabo al entorno que le rodea; v) y finalmente, la ausencia de vida desde el punto de vista biológico.

Estos elementos característicos, lejos de constituir un simple ejercicio de taxonomía, son completamente decisivos a la hora de calificar de manera jurídica los diferentes dispositivos que se utilizan en nuestro entorno sanitario, ya que no todo dispositivo automatizado puede ser calificado como un robot inteligente en sentido estricto, pues en buena parte de los instrumentos que se usan en medicina, por ejemplo los robots quirúrgicos manejados a través de consola por el propio facultativo o los drones que son usados por los sanitarios pilotados de forma remota, carecen en sentido estricto de verdadera autonomía decisoria, por lo que han de quedar extramuros del régimen jurídico especifico de la inteligencia artificial.

## 2. Los sistemas de inteligencia artificial en el ámbito físico y virtual de la sanidad

La doctrina, acertadamente, ha venido distinguiendo entre la actuación llevada a cabo por la inteligencia artificial en el ámbito físico o material y en espacio virtual[7].

En el primer ámbito, el material, nos encontramos a los robots quirúrgicos, cuyo patrón de actuación es el llamado *sistema Da Vinci*, que es capaz de otorgar imágenes en tres dimensiones y de alta definición, corregir los movimientos involuntarios de la mano humana posibilitando suturas de mayor precisión, lo que contribuye a mejorar los tiempos de recuperación de los pacientes[8]. En este mismo espacio encajarían los robots capaces de dispensar fármacos, los robots destinados a repartir medicación en los hospitales o los aparatos de telepresencia que se usan en las unidades de cuidados intensivos, que son capaces de dispensar a los facultativos la información necesaria para poder realizar un seguimiento remoto y simultáneo de varios pacientes al mismo tiempo[9].

En el plano virtual, la inteligencia artificial se materializa a través de los sistemas de apoyo a la toma de decisiones clínicas *(clinical decisión support systems)*, destinados a emplear técnicas de aprendizaje profundo o *deep learning* para realizar el análisis de historias médicas electrónicas, la identificación de pruebas de imagen, como por ejemplo radiografías, resonancias magnéticas, tomografías, etc., con una precisión tal que, en algunas ocasiones, es comparable a la que pueda realizar cualquier médico especialista, así como la predicción o evolución de determinadas enfermedades oncológicas y de carácter cardiovascular. Estos sistemas, plantean riesgos jurídicos de entidad, pese a no disponer de un soporte físico como el de los robots

[7] Melo, V. (2024). Inteligencia artificial aplicada a la atención sanitaria: Los desafíos que se plantean a la hora de la responsabilidad. El Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia.

[8] Ramón Fernández, F. (2021). Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), 329–351.

[9] Ramón Fernández, F. (2021). Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), 329–351.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

quirúrgicos, toda vez que sus recomendaciones (erróneas o sesgadas), pueden inducir al facultativo a diagnósticos equivocados con las consiguientes consecuencias negativas para la salud de los pacientes.

Finalmente, cabe señalar que la dotrina también distingue entre los robots automáticos y los robots inteligentes, siendo esta una distinción que resulta de vital importancia a los efectos de determinar la responsabilidad civil. De este modo, mientras que los primeros desarrollan tareas automatizadas sin margen de decisión, de manera que, el daño siempre se puede reconducir sin mucha dificultad a un defecto en el diseño, programación o fabricación, los segundos, tienen incorporadas capacidades de aprendizaje automatizado, lo que les permite ordenar su comportamiento a circunstancias no previstas de manera determinada por el programador, y ello, introduce un elemento de carácter imprevisible que, a efectos jurídicos, dificulta exponencialmente la prueba del nexo de causalidad[10].

## III. EL DEBATE SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL SANITARIOS

Antes de centrar el análisis de los diferentes títulos de imputación de responsabilidad civil en el ámbito sanitario, resulta necesario hacer una parada en una cuestión previa con una indudable transcendencia práctica, esto es, la de si es posible reconocer personalidad jurídica a los sistemas de inteligencias artificial, con una especie de denominación del tipo *personalidad electrónica* o *personalidad robótica* y si, en virtud de tal concepción, es posible considerarlos sujetos de derechos y obligaciones o, incluso, en última instancia, responder directamente de los daños que se puedan causar a los pacientes a consecuencia de su intervención o utilización.

En este sentido, la doctrina está ciertamente dividida.

### 1. Posiciones favorables al reconocimiento de una personalidad electrónica

Un cierto sector de la doctrina, muy minoritario pero creciente, se ha mostrado favorable a la creación de esta nueva catalogación jurídica. De este modo, el Parlamento Europeo en el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, de 16 de febrero de 2017, ya instó a la Comisión para que valorase la posibilidad de crear un concepto de personalidad jurídica específicamente destinada a los robots, de manera que, como mínimo, los robots que fuesen autónomos y tuvieran dispositivos más complejos y, por tanto, pudieran ser susceptibles de ser considerados personas electrónicas para reparar los daños que pudieran generar[11].

[10] Eldakak, A., Alremeithi, A., Dahiyat, E., El-Gheriani, M., Mohamed, H., & Abdulla, M. I. A. (2024). Civil liability for the actions of autonomous AI in healthcare: An invitation to further contemplation. Humanities and Social Sciences Communications, 11, 305.

[11] Parlamento Europeo. (2017). Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) (2018/C 252/25). Diario

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Los defensores de esta tesis, entre los que se encuentran BARRIO ANDRÉS, ERCILLA GARCÍA o VALENTE, justifican su posición en la existencia en estos dispositivos de cierta autonomía en la toma de decisiones, entendiéndola como la capacidad de no someterse de manera total a la voluntad humana, así como en la oportunidad de dotar a estos entes de un caudal o patrimonio propio para que pudieran hacer frente a las indemnizaciones que les pudieran corresponder[12]. Pero los postulados van incluso más lejos, pues ERCILLA GARCÍA, concretamente, propuso una inquietante idea al sugerir que los robots pudieran amasar un patrimonio propio a partir de porcentajes de las labores de producción en las que interviniesen, y ello con el fin de que pudieran responder ante eventualidades responsabilidades[13].

## 2. Posiciones críticas: el robot como cosa

Frente a la atrevida tesis que acabamos de presentar, se alza un sector doctrinal mayoritario, al que pertenencia ROGEL VIDE, SANTOS GONZÁLEZ, PAGALLO o HERRERA DE LAS HERAS, que rechaza diametralmente cualquier posibilidad de atribuir personalidad jurídica propia a los sistemas de inteligencia artificial. De este modo, los argumentos que esgrimen estos autores pueden ser concretados en dos grandes núcleos, uno con un carácter teórico y el otro con una naturaleza pragmática.

En primer lugar, desde el punto de vista teórico, tanto la persona física como la persona jurídica tienen dos características esenciales que no concurren en los robots: por un lado, son titulares de derechos y obligaciones, lo cual constituye el elemento nuclear de la noción de personalidad jurídica; y, de otro lado, el hecho de que tras toda persona tanto física como jurídica, siempre se encuentra el ser humano. Así las cosas, los robots son entes carentes de conciencia, por lo que no pueden ser titulares de derechos fundamentales, ni pueden ser sujetos activos ni pasivos de relaciones jurídicas de ningún tipo.

Ahora bien, desde el punto de vista pragmático, el argumento de mayor calado se encuentra en que la atribución de personalidad jurídica a los robots no solo no solventa los problemas de su utilización, sino que incluso los agrava. Así lo ha expresado el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen de 2017, advirtiendo que conceder un estatuto legal a los sistemas de inteligencia artificial puede suponer un socavamiento de los efectos correctores y preventivos de la legislación en el ámbito de la responsabilidad civil y, de igual modo, generaría un enorme riesgo en su desarrollo y utilización, lo que podría dar lugar a un posible uso indebido[14].

Oficial de la Unión Europea, C 252, 239–257.

12 Barrio Andrés, M. (2018). Hacia una personalidad electrónica para los robots. Revista de Derecho Privado, (2), 89–108.

13 Ercilla García, J. (2018). Normas de Derecho civil y robótica: Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación. Aranzadi.

14 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Dictamen de iniciativa).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En la misma línea se pronunció un grupo internacional de expertos que remitió la conocida *Carta Abierta a la Comisión Europea sobre inteligencia artificial y robótica*[15], quienes entendieron que cualquier estatuto jurídico que se pretenda conferir a un robot, no puede venir derivado del modelo de persona natural, ya que ello supondría enfrentar los derechos humanos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a las máquinas, ni tampoco el modelo de entidad jurídica, pues ello implicaría la existencia de personas físicas que la ostenten o dirijan, ni, en definitiva, del modelo anglosajón de *trust*[16] o de la figura germánica del *Treuhand*[17], ya que estos regímenes resultan excesivamente complicados y no ayudan a resolver la cuestión de la responsabilidad de la inteligencia artificial.

A todo ello hay que adicionar el riesgo de que la personalidad electrónica pueda terminar operando como un mecanismo de exoneración de responsabilidad de los que verdaderamente la ostenta, esto es, los fabricantes de este tipo de dispositivos o sistemas. En este sentido, BRYSON, DIAMANTIS y GRANT, han advertido del riesgo que entraña que la personalidad jurídica electrónica pueda llegar a proteger o amparar a determinados actores humanos de las responsabilidades que hubieran podido contraer como consecuencia de haber vulnerado los derechos de otros, lo que en el ámbito sanitario adquiere una gran relevancia dada la entidad de los bienes jurídicos en juego.

## 3. Toma de postura: el estatuto del robot sanitario como cosa con especificidades

En vista a cuanto se ha expresado, evidentemente la tesis mayoritaria que rechaza la atribución de personalidad jurídica a los dispositivos de inteligencia artificial empleados en el ámbito sanitario es la que se acoge en este trabajo. Ahora bien, no se pretende negar la más que evidente singularidad que estos dispositivos tienen, sino que es necesario constatar que la eclosión de un *tertium genus* entre el ser humano y las cosas no puede aportar ninguna solución que no exista ya a través de los tradicionales mecanismos de responsabilidad civil, eso sí, adaptándolos correctamente al uso de la tecnología. No obstante, lo anterior no impide reconocer la oportunidad de dotar a los robots sanitarios de un régimen jurídico particular dentro de la categoría de las cosas, siempre y cuando atienda a sus características específicas en relación a la autonomía funcional y a la capacidad de autoaprendizaje, lo que no puede suponer reconocerles subjetividad jurídica.

---

15 https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180417/442631680924/derechos-robots-ue-persona-electronica-ia.html

16 El *trust* es una institución propia de los ordenamientos de *Common Law* basada en una relación fiduciaria por la que una persona *(trustee)* ostenta la titularidad jurídica de determinados bienes o derechos y queda obligada a administrarlos en beneficio de uno o varios beneficiarios *(beneficiaries)* o con arreglo a una finalidad determinada. Su singularidad radica en la separación entre la titularidad jurídica o formal, atribuida al *trustee*, y la titularidad en equidad *(equitable ownership)*, reconocida al beneficiario.

17 El T*reuhand*, propio de la tradición jurídica germánica, es una relación fiduciaria en virtud de la cual el *Treuhänder* adquiere la titularidad jurídica de determinados bienes o derechos del *Treugeber* para administrarlos o disponer de ellos conforme a la finalidad o instrucciones establecidas, quedando sujeto a las obligaciones derivadas de la relación fiduciaria.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta reflexión tiene una consecuencia directa en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, toda vez que si el sistema de inteligencia artificial no puede ser sujeto de derechos y obligaciones, lógicamente la responsabilidad por los daños causados por su uso ha de recaer necesariamente en sujetos humanos o en entidades que tengan reconocida personalidad jurídica, es decir, el fabricante de estos sistemas, el programador, el centro sanitario o el propio facultativo que los usa; ello reduce el problema, en última instancia a una cuestión de articulación correcta de los diferentes títulos de imputación.

## IV. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

### 1. El itinerario normativo europeo: de la Resolución de 2017 al Reglamento de Inteligencia Artificial

Desde el año 2017, las instituciones europeas han mostrado un gran interés por regular la inteligencia artificial. Como ya se ha indicado, en ese año, el Parlamento Europeo aprobó el Informe en el que se contenían una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil y robótica; un documento que, si bien carecía de fuerza vinculante directa, vino a marcar el rumbo de la posterior actividad normativa comunitaria, identificando la responsabilidad civil y la conducta ética como los dos ejes vertebradores sobre los que debía pivotar la regulación en la materia.

Posteriormente, en 2018, la Comisión Europea creó un grupo de expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías, cuyos trabajos concluyeron con diferentes recomendaciones para la modificación de la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Este proceso llevó a que, en octubre de 2020, se aprobase una nueva Resolución por el Parlamento Europeo que incluía recomendaciones que iban destinadas a la Comisión estableciendo un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial[18], la cual insta a la creación de un marco jurídico horizontal y armonizado, que se encuentre fundamentado en principios comunes que puedan ser de aplicación a todos los sistemas de inteligencia artificial con independencia del sector de actividad al que estén destinados.

Paralelamente, aunque con especial incidencia en el ámbito que estamos analizando, la Comisión Europea hizo público en febrero de 2020 un Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, que contenía un enfoque europeo destinado a la excelencia y la confianza en el cual se subrayan las características singulares de los sistemas de inteligencia artificial destinados al sector sanitario, distinguiendo entre los sistemas que otorgan información

[18] European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

especializada a los médicos, aquellos que otorgan información médica a los pacientes y los que, por ellos mismos, prestan servicios médicos a los pacientes[19].

Este proceso normativo comunitario culmina tras la propuesta de Reglamento publicada el día 21 de abril de 2021, en lo que se vino a llamar como *Artificial Intelligence Act*, aprobada definitivamente el 13 de marzo de 2024, dando lugar así al Reglamento europeo de inteligencia artificial, siendo este el primer marco normativo sobre la materia a escala mundial. Este Reglamento tiene un enfoque basado en el riesgo, según el cual, los sistemas de inteligencia artificial usados en el ámbito sanitario quedan encuadrados en lo que se denomina categoría de alto riesgo, por lo que son sometidos a un conjunto de obligaciones bastante exigentes[20].

## 2. La responsabilidad por productos defectuosos: la Directiva 85/374/CEE y su proceso de revisión

El segundo bloque normativo para tener en cuenta es el referente a la responsabilidad civil por productos defectuosos, la cual, queda regulada en el Derecho comunitario en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, que fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante un largo proceso de trasposición en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Ahora bien, la aplicación del régimen jurídico diseñado por este marco normativo no está exento de dificultades interpretativas, toda vez que la Directiva fue creada hace cuarenta años para dar respuesta a los riesgos existentes en aquel momento, riesgos sustancialmente diferentes a los actuales.

En este sentido, el artículo 136 del TRLGDCU dispone que *a los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad*; definición que la doctrina ha considerado susceptible de ser extrapolada a los robots sanitarios[21]. Además, el precepto indicado exige que el producto resulte finalmente defectuoso, entendiendo por tal, en función de lo dispuesto en el artículo 137 a todo aquel que no ofrezca la seguridad que legítimamente cabría esperar de él, teniendo en cuenta todas las circunstancias, sus características y especial su presentación, el uso que razonablemente se le pudiera dar y el momento en que sea puesto en circulación para que llegue a los consumidores y usuarios.

En este sentido, reviste un especial interés la sistemática de los llamados *Restatements*[22] del Derecho norteamericano, los cuales han sido usados por la doctrina como un parámetro hermenéutico para identificar

[19] Comisión Europea. (2020, 19 de febrero). Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (COM(2020) 65 final). Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
[20] Melo, Z. (2024). Inteligencia artificial en salud: desafíos éticos para lograr la aplicación de las tecnologías a la salud del paciente. Trayectorias Humanas Trascontinentales.
[21] Ramón Fernández, F. (2021). Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), 329-351.
[22] Los *Restatements of the Law*, elaborados por el *American Law Institute (ALI)*, constituyen recopilaciones

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tres categorías de defectos que pueden ser trasladables al sistema español; estas tres categorías son: el defecto de fabricación, el defecto de diseño y el defecto por instrucciones o advertencias inadecuadas. De esta manera, los algoritmos de inteligencia artificial implican riesgos previsibles y específicos (por ejemplo, los que se derivan de la introducción de datos equivocados o sesgados en el proceso de aprendizaje automático de la IA, lo que puede generar resultados que provocarían daños que darían lugar a responsabilidad del fabricante por defecto en el diseño.

Así las cosas, el artículo 140 del TRLGDCU, establece un elenco de causas que sirven para exonerar la responsabilidad del productor, y que tiene una gran importancia en el ámbito de la inteligencia artificial; entre ellas, podemos destacar la referente a que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se distribuya el producto no permitiera apreciar la existencia del defecto, lo que se conoce como riesgo en el desarrollo del producto. De este modo, esta causa de exoneración presenta una dificultad singular en relación con los sistemas de aprendizaje automático, ya que su comportamiento puede evolucionar posteriormente a su puesta en el mercado a resultas de la propia interacción con nuevos datos; de este modo, el defecto podría no haberse generado o no haber existido en el momento de la comercialización, sino más bien haberse creado ulteriormente a consecuencia del propio proceso de autoaprendizaje del sistema, circunstancia que no fue tenida en cuenta por la Directiva de 1985.

Con independencia de lo anterior, el legislador europeo si ha sido consciente de las insuficiencias o deficiencias de la Directiva 85/374/CEE, por lo que ha optado por un nuevo instrumento normativo con rango reglamentario para homogeneizar el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos entre todos los Estados de la Unión Europea, adaptándolo a los riesgos de una economía digital, globalizada y en la que predomina el uso de la inteligencia artificial[23]. Así, de entre las novedades más importantes que se barajan en este proceso de revisión, destaca la ampliación del concepto de producto para incluir el de *software*, extremo que ya menciona expresamente la Directiva (UE) 2019/771 sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, al incorporar la noción de bienes digitales, la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de especial complejidad técnica del sistema causante del daño, y la extensión de la legitimación pasiva a sujetos distintos del fabricante strictu sensu, entre ellos el programador del *software*[24].

sistematizadas de principios y reglas jurídicas del Common Law estadounidense, carentes formalmente de fuerza vinculante, pero dotadas de una notable autoridad doctrinal y utilizadas como instrumento de referencia e interpretación por los tribunales y la doctrina norteamericanos. En materia de responsabilidad por productos, el *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* (1998) resulta especialmente relevante, al sistematizar las principales categorías de defectos del producto, de fabricación, de diseño y de instrucciones o advertencias, cuya utilidad como categorías dogmáticas ha sido objeto de análisis comparado en los ordenamientos europeos, incluido el español.

[23] Herrera de las Heras, R. (2022). Aspectos legales de la inteligencia artificial: Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil. Dykinson.

[24] Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 3. Normativa española de referencia: Código civil, Ley 41/2002 y legislación sobre protección de datos

Analizado el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, resulta de todo punto imprescindible tener en cuenta el sistema general de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil español, aplicable de manera subsidiaria cuando no cabe la responsabilidad objetiva por producto defectuoso, además del régimen de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 del Código Civil, que será de aplicación analógica a los supuestos en que le centro médico-sanitario haya de responder por los daños generados por el uso de los sistemas de inteligencia artificial que también hayan sido empleados en el desarrollo de su actividad asistencial.

Igualmente, resulta de gran importancia la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual consagra el derecho del paciente a la información en materia asistencial, al consentimiento informado y a la libre elección entre las diferentes opciones clínica que se le presenten; derechos que lógicamente se ven alterados como consecuencia del uso de sistemas de inteligencia artificial en la relación médico-paciente.

Finalmente, no se puede obviar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que incorpora y desarrolla en nuestro ordenamiento el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), siendo ambos de aplicación necesaria en la medida en la que la inteligencia artificial sanitaria se nutre de datos de carácter personal que son relativos a la salud, siendo este un ámbito de datos especialmente protegido por el artículo 9 de dicho Reglamento europeo.

## V. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DECISIONES SANITARIAS ASISTIDAS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En base a las consideraciones que acabamos de hacer en los apartados anteriores, la posibilidad de que le propio sistema de inteligencia artificial pueda responder de manera directa por los daños causados, y ello en la medida en que carece de personalidad jurídica y, por tanto, de capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, la imputación de responsabilidad ha de canalizarse de manera necesaria a través de las personas físicas o jurídicas que la crearon, comercializaron o utilizaron.

Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## 1. La responsabilidad por producto defectuoso aplicada a los sistemas de inteligencia artificial sanitarios

El marco jurídico más adecuado para solucionar los problemas generados por los daños causados a pacientes como consecuencia del uso de inteligencia artificial es el de la responsabilidad por productos defectuosos. En nuestro país, ese régimen se articula a través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que traspuso la Directiva 85/374/CEE y cuya regulación resulta plenamente aplicable en este tipo de supuestos.

A modo de ilustración, conviene recordar el asunto *Pohly vs Intuitive Surgical Inc.,* seguido ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California en el año 2001[25]. En este caso, se pudo acreditar que el sistema robótico *Da Vinci* había estado presentando un fallo técnico que originó quemaduras internas no advertidas durante la operación a un paciente. Por este motivo, el Tribunal encuadró dicho fallo como un defecto de fabricación. Trasladando la solución de este Tribunal al ordenamiento español, el fabricante o importador habría de responder de manera objetiva si se acreditara la existencia de conexión de causalidad entre el fallo o defecto de fabricación y el daño producido al paciente.

Ahora bien, la traslación de estos criterios al ordenamiento español requiere de cierta cautela. En este sentido, la Directiva 85/374/CEE y su transposición al ordenamiento nacional presentan zonas oscuras en lo relativo a los sistemas de inteligencia artificial y, en especial, en relación con lo relativo al aprendizaje automático. En este sentido, hay que tener en cuenta que el carácter dinámico y la opacidad del algoritmo, dificultan la identificación del fallo o del defecto en el momento en que se pone en circulación el producto. Por ello, el legislador europeo ha querido abordar este problema en la propuesta de Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos de 2022, que posteriormente derivó en la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE; de esta manera, se actualiza el marco normativo anterior con la intención de adaptarlo a los nuevos retos que plantea el uso de productos digitales y los sistemas de inteligencia artificial. Eso sí, su transposición al ordenamiento español está aún pendiente.

## 2. La responsabilidad profesional sanitaria: el estándar de la *lex artis* ante la inteligencia artificial

Otra cuestión que cabe plantearse es cuando el daño no tiene su origen en un defecto del sistema de inteligencia artificial en sí mismo, sino más bien en la forma en que el profesional sanitario lo usó o dejó de usarlo, siendo aplicable en este caso el régimen de responsabilidad profesional sanitaria, es decir, el estándar de referencia será el de la *lex artis*, si bien, en este contexto adquiere una dimensión específica que conviene precisar.

[25] https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-cand-3_15-cv-04113

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La utilización de los sistemas de inteligencia artificial en la práctica clínica requiere responder a una pregunta que la doctrina no ha podido aclarar hasta el momento de manera unánime, esto es ¿qué exige hoy en día la *lex artis* en relación con el uso de sistemas de inteligencia artificial? Para responder a esta pregunta, hay que tener presente que la respuesta no puede ser genérica, es decir, no se puede responder de la misma manera para todas las especialidades o en todos los niveles asistenciales. Ahora bien, ello no implica que no se puedan formular una serie de parámetros generales para tratar de encontrar respuestas a dicha pregunta.

Partiendo de este planteamiento, cabe derivar al menos tres consecuencias en el plano práctico. En este sentido, el médico no puede delegar en el sistema de inteligencia artificial la responsabilidad profesional que asume a la hora de tomar una decisión médica, pues la inteligencia artificial es un instrumento de apoyo, pero nunca puede ser un sustituto del juicio clínico profesional. Por tanto, el profesional ha de conocer las limitaciones de la herramienta de inteligencia artificial que está utilizando como instrumento de consulta, lo que implica ponderar las altas tasas de error, los supuestos de predicciones o pronósticos poco fiables y la posibilidad de que la IA le entregue respuestas autocomplacientes que no se acerquen a la realidad de la patología analizada.

A colación de lo anterior, merece la pena mencionar el caso *Estrada vs Mercy Medical Center* del Tribunal de Apelaciones de California, que muestra los riesgos de una confianza excesiva o desmesurada e incluso irreflexiva en los sistemas algorítmicos de inteligencia artificial. Así, en este caso, el facultativo siguió sin cuestionar la solución otorgada por el sistema de gestión clínica, las recomendaciones aportadas por la herramienta y ello, pese al que el cuadro sintomatológico del paciente aconsejaba lo contrario. En este caso, el Tribunal apreció la existencia de negligencia, no por el uso del sistema de inteligencia artificial por parte del facultativo, lo cual entiende el Tribunal que puede ser ilustrativo a la hora de formar un diagnóstico, sino por la sustitución del juicio clínico del profesional por las instrucciones o recomendaciones de la inteligencia artificial, siendo ésta, en definitiva, quien tomó la decisión clínica generando el daño.

### 3. La problemática específica del nexo causal

Cuando el daño está relacionado con una decisión tomada o asistida mediante inteligencia artificial, la acreditación del nexo causal plantea serias dificultades. Ello es debido a la opacidad de los modelos de aprendizaje profundo de los sistemas de inteligencia artificial, a la gran cantidad de variables que condicionan su *output*, de manera que la intervención del sanitario como eslabón intermedio entre la recomendación otorgada por la IA y la decisión clínica, complican sobremanera la ya de por sí difícil tarea de establecer si la responsabilidad fue del sistema, si fue el médico o la interacción de ambos lo que originó el daño.

A lo anterior hay que adicionar la circunstancia apuntada por la doctrina de que en los supuestos en los que se usa la inteligencia artificial en el ámbito sanitario, es bastante frecuente que concurran una pluralidad de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

causas que contribuyen de alguna manera a la producción del daño; y ello dificulta la determinación del nexo causal y la distribución de responsabilidades entre los distintos intervinientes en la acción o conducta nociva. Por ello, la solución jurídica al problema no puede ser igual cuando el sistema de inteligencia artificial aportó una recomendación equivocada que el sanitario siguió ciegamente, que cuando es el médico el que descartó una alerta correcta del sistema por razones de las que no dejó constancia[26].

Las dificultades que se acaban de exponer en la determinación del nexo causal tienen una especial relevancia cuando se trata del ámbito de la prueba, ya que la asimetría informativa que existe entre el perjudicado y los sujetos que participan en el diseño, desarrollo, comercialización o utilización del sistema de inteligencia artificial, puede ubicar a éste en un lugar especialmente desfavorable para poder acreditar las circunstancias concretas que determinan la responsabilidad. Por ello, resulta de todo punto razonable plantear mecanismos que vayan destinados a facilitar, en supuestos concretos, el acceso a la información que sea necesaria para poder reconstruir el proceso de toma de decisión que fue seguido por el sistema y determinar así la existencia de un posible o eventual defecto, un funcionamiento incorrecto o una actuación negligente por parte de alguno de los intervinientes en el proceso[27].

Pero hay que tener en cuenta que esta atenuación de las exigencias probatorias no puede actuar de forma ilimitada, ni tampoco puede traducirse en una presunción general de responsabilidad por el mero hecho de haberse realizado un daño en un contexto en el que se usó un sistema de inteligencia artificial. Por ello, una aplicación sin restricciones de tales mecanismos en el ámbito de la inteligencia artificial en el sector sanitario nos puede llevar, en determinadas situaciones prácticas, a instaurar un régimen de responsabilidad objetiva encubierto completamente contrario al espíritu del legislador. De esta manera, la especial complejidad que desde el punto de vista técnico presenta el sistema y la eventual opacidad de los procesos de toma de decisión, pueden justificar una cierta flexibilización de las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba, pero ello no permite prescindir de la necesaria acreditación de los presupuestos materiales de la responsabilidad por la generación del daño[28].

De este modo, el principio de proporcionalidad ha de actuar como límite y a la vez como criterio delimitador de cualquier mecanismo probatorio; así, la ventaja procesal reconocida al perjudicado estará en adecuación con el grado efectivo de opacidad del sistema y con la dificultad objetiva para acceder a la información técnica que sea necesaria para poder acreditar la existencia del defecto, el error o la conducta de carácter negligente.

[26] Evangelio Llorca, Raquel (2024). Responsabilidad civil e inteligencia artificial en el ámbito sanitario: posibles vías de reclamación. En Moreno Martínez, Juan Antonio & Femenía López, Pedro J (Coords.), Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales. Dykinson.

[27] Vallespín Pérez, D. (2025). Responsabilidad civil extracontractual en materia de IA: especial referencia a la carga de la prueba y la aplicación de presunciones. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, (42), 1-11.

[28] Navas Navarro, S. (2022). Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial. Revista CESCO de Derecho de Consumo, (44), 43-67.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por tanto, no se trataría de una inversión automática de la carga de la prueba cada vez que intervenga un sistema de inteligencia artificial, sino que se trata de adecuar las exigencias probatorias a las posibilidades concretas de acceso que tengan las partes, lo que evita que la complejidad de la tecnología se convierta en una barrera que no se pueda franquear para el que reclama y, por otro lado, en un fundamento que permita establecer una responsabilidad que quede desvinculada de la efectiva concurrencia de unos determinados presupuestos.

## 4. La distribución de responsabilidad entre los distintos agentes intervinientes

En el proceso de creación, comercialización, distribución y utilización de un sistema de inteligencia artificial adaptado al ámbito sanitario, supone la intervención de una pluralidad de agentes que tiene asignadas funciones diferenciadas. Por un lado, encontramos al desarrollador del algoritmo, por otro al fabricante del dispositivo que incorpora ese algoritmo, al distribuidor, al centro sanitario que adquiere el sistema y lo implanta y, finalmente, al profesional que lo usa en la práctica clínica diaria. De este modo, cada uno de estos sujetos o actores, puede contribuir de alguna manera a la producción del daño cuya responsabilidad cabe determinar, lo que genera un problema de imputación que los marcos doctrinales clásicos de responsabilidad civil no son capaces de resolver[29].

Por este motivo, la doctrina más reciente se postula por ampliar el ámbito de responsables para que vaya más allá de los fabricantes y del médico que usa el sistema de inteligencia artificial, incluyendo en la ecuación a los desarrolladores del *software*, a las empresas que mantiene actualizado dicho *software* y, finalmente, a los centros sanitarios como titulares de los dispositivos. De este modo, la doctrina acoge la tesis de la internacionalización de los riesgos, esto es, quien se beneficia económicamente de la venta de la tecnología, ha de asumir también los costes por los daños que genera dicha tecnología.

Por tanto, hablar de una pluralidad de sujetos que potencialmente pudieran estar implicados en el proceso de generación del daño y, por tanto, potencialmente responsables del mismo, aconseja establecer un régimen de responsabilidad solidaria entre ellos, lo que garantizaría que el perjudicado tenga la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los sujetos intervinientes en el proceso de producción del daño sin necesidad de acreditar la contribución específica que cada uno de ellos habría realizado para la generación del daño.

[29] Vid. Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, especialmente sus disposiciones relativas a los distintos operadores económicos potencialmente responsables, en atención a la creciente complejidad de las cadenas de producción y distribución de productos que incorporan elementos digitales y sistemas de inteligencia artificial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica diseña el concepto de consentimiento informado como la base de la relación clínica médico-paciente. Dicha configuración, no pierde valor cuando en la relación interviene un sistema de inteligencia artificial, pero, obviamente, adquiere un contenido diferenciador, puesto que el paciente tiene derecho a saber que su diagnóstico y, por ende, el tratamiento que se le ha dispensado, ha sido asistido por inteligencia artificial, teniendo también derecho a comprender de manera que le sea fácilmente accesible cómo funciona el sistema y cuáles son las limitaciones del mismo, de manera que pueda rechazar esa asistencia o tratamiento si lo estima por conveniente.

Esta exigencia de información encuentra su reflejo ya en el ordenamiento jurídico europeo; de esta manera, el artículo 13 del Reglamento de inteligencia artificial[30], establece un deber reforzado de transparencia e información respecto de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, como los utilizados en el ámbito sanitario. De esta manera, estos sistemas de inteligencia artificial han de diseñarse de manera que sus resultados puedan ser correctamente interpretados y utilizados por los responsables de su despliegue. Para ello, el proveedor debe proporcionar instrucciones de uso claras, completas y accesibles que informen, entre otros aspectos, sobre la finalidad, capacidades, limitaciones, precisión, riesgos previsibles, datos utilizados, funcionamiento, medidas de supervisión humana, mantenimiento y actualizaciones del sistema.

En base a lo anterior, en el ámbito sanitario, la correcta armonización del deber de información exige que el profesional de la sanidad conozca de manera adecuada el sistema que va a utilizar para, de ese modo, poder informar al paciente de una manera veraz y adecuada. Así, un médico que no sabe cómo funciona el algoritmo, no puede cumplir con el deber de información, por lo que la formación continua en la materia en los centros sanitarios es una obligación que no puede ser eludida por sus responsables.

## VII. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DECISIONES AUTOMATIZADAS EN EL ÁMBITO SANITARIO

Los datos sanitarios son los que nutren en buena medida a la inteligencia artificial sanitaria. Pero no hay que perder de vista, que este tipo de datos tienen la consideración de especialmente protegidos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento General de Protección de Datos. Por este motivo, su tratamiento está condicionado por estrictos requisitos de carácter jurídico, medidas de seguridad reforzadas, evaluación del

[30] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

impacto que el tratamiento de este tipo de datos tiene para los derechos y libertades de los pacientes, etc., y ninguna de estas exigencias legales puede ser soslayada por razones asistenciales. De esta manera, el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos adquiere una gran relevancia, ya que reconoce el derecho de toda persona a no ser objeto de una decisión basada en el tratamiento sistematizado o automatizado de sus datos, especialmente cuando la misma genere efectos jurídicos que le afecten de manera significativa. Si aplicamos esta perspectiva al ámbito sanitario, nos encontramos con una decisión de diagnóstico o tratamiento que ha sido creada de manera completa por un sistema de inteligencia artificial sin la intervención de un profesional, lo que podría vulnerar tal derecho, ya que la intervención del profesional no puede ser puntual o formal, sino que ha de ser sustantiva, ya que es él quien ha de tomar de manera directa la decisión médica que corresponda[31].

Nuevamente, en este ámbito, la doctrina vuelve a encontrar zonas en las que es difícil aplicar esta garantía en el ámbito sanitario. De este modo, la más relevante es la diferenciación entre decisiones basadas en exclusiva con base en el tratamiento automatizado y las decisiones en las que le algoritmo tiene un peso específico y determinante, pero en las que el profesional médico tiene siempre la última palabra[32].

La jurisprudencia del TJUE ha interpretado de forma amplia el concepto de decisión automatizada, poniendo el acento en la incidencia determinante que el resultado obtenido mediante el tratamiento automatizado pueda desplegar sobre la decisión finalmente adoptada. Así, en la sentencia de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, OQ c. Land Hessen (SCHUFA Holding), el Tribunal de Justicia consideró que la generación automatizada de un valor de probabilidad constituía una decisión individual automatizada cuando dicho valor determinaba de manera decisiva la actuación posterior del tercero destinatario (TJUE, 2023, apartados 50 y 61-64). En esta misma línea, las Directrices del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles, posteriormente respaldadas por el Comité Europeo de Protección de Datos, precisan que la intervención humana debe ser efectiva y significativa, de modo que no basta con una intervención meramente formal o simbólica cuando la persona encargada de la supervisión carece de capacidad real para modificar el resultado generado por el sistema[33].

Al margen de lo anterior, cabe destacar también que las técnicas de anonimización y seudonimización tiene una importancia que no conviene soslayar. En este sentido, el uso de datos sanitarios seudonimizados para el entrenamiento y desarrollo de los algoritmos, puede no estar sujeto al contenido de los preceptos del

[31] Gil Membrado, C. (2023). Riesgos del uso de algoritmos en el diagnóstico y en la investigación biomédica. Editorial Reus.
[32] Zouak Lara, P. (2025). Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: interacciones entre el Reglamento General de Protección de Datos y el Reglamento de Inteligencia Artificial. Cuadernos de Derecho Transnacional, 17(2), 861–883.
[33] Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2018, 6 de febrero). Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (WP251rev.01). Comité Europeo de Protección de Datos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Reglamento de General de Protección de Datos, pero la seudonimización no equivale a la anonimización, ya que la reidentificación de los sujetos es posible si se combinan los datos en su conjunto, por lo que los centros e instituciones sanitarias han de barajar esta posibilidad antes de ceder los datos para el desarrollo y mejora de los sistemas y aplicaciones de inteligencia artificial.

## VIII. UNA BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL SANITARIA DERIVADA DEL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

No es objeto de este trabajo entrar en un análisis exhaustivo de la responsabilidad penal derivada del uso de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario, sino que la cuestión se ha circunscrito a la responsabilidad civil, si bien, es importante realizar algunas puntualizaciones por su transcendencia a la hora de tratar la cuestión.

La imprudencia profesional evidentemente pesa sobre los facultativos que utilizan la inteligencia artificial en su práctica clínica, por lo que no quedan exonerados de responsabilidad por las recomendaciones que les pueda dar el sistema, ya que las mismas nunca pueden sustituir al juicio clínico del doctor, por lo que la imprudencia profesional en materia penal es posible aun mediando el uso de este tipo de tecnología. A ello hay que adicionar la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal al propio sistema de inteligencia artificial, cuestión que goza de un carácter pacífico en la doctrina, pues los sistemas de inteligencia artificial, a día de hoy, carecen de responsabilidad jurídico penal. Ahora bien, la cuestión es si esa falta de responsabilidad penal, puede dar lugar a ciertas lagunas de punibilidad que no sean aceptables desde el punto de vista constitucional. En este sentido, la doctrina ha comenzado a debatir sobre la posibilidad de que le principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda aplicarse de manera extensiva a los operadores de inteligencia artificial que operan conociendo los riesgos de esta tecnología[34].

Sentando lo anterior, la cuestión adquiere un cariz especial al hilo del régimen sancionador incorporado en el Reglamento de inteligencia artificial, según el cual, las infracciones más graves pueden acarrear multas de hasta treinta millones de euros o el cuatro por ciento de la facturación mundial anual. De este modo, nos encontramos ante una horquilla de sanciones que no tiene comparación en el derecho administrativo sancionador de la Unión Europea y constituye en la práctica un mecanismo de prevención general negativa de innegables consecuencias.

En el ámbito penal han existido varios intentos de determinar la responsabilidad que puede surgir por el uso de sistemas inteligentes. Las soluciones aportadas por la doctrina son válidas desde el punto de vista técnico-jurídico, ahora bien, desde la perspectiva práctica plantean problemas en su aplicación, dejando su determinación en espacios grises que diluyen la responsabilidad penal o dificultan su determinación. Por ello,

[34] Almenar Pineda, F. (2026). Imprudencia penal médica e inteligencia artificial predictiva: redefinición del deber de cuidado y límites de la responsabilidad penal. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

con la finalidad de solventar este problema, la doctrina ha propuesto una definición de inteligencia artificial que sea válida para el mundo jurídico, para de esta manera facilitar la comprensión de las características de este tipo de sistemas. Una vez determinada esta definición, habrá de delimitar el conjunto de principios que han de regir el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial, para así concretar el contenido de las normas que los expertos han de respetar en su uso. Por tanto, es aquí donde vamos a encontrar las herramientas para fijar los criterios necesarios para determinar la responsabilidad penal, como, por ejemplo, el control humano, la transparencia o la rendición de cuentas. Además, estos principios o criterios también nos van a ayudar a determinar los derechos fundamentales que se encuentren en riesgo y los bienes jurídicos que puedan resultar lesionados por el uso de esta tecnología[35].

## IX. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

A la luz de cuanto se ha expuesto, pueden formularse las siguientes propuestas de *lege ferenda*, ordenadas de mayor a menor urgencia normativa.

**1º.** Descartar definitivamente la vía de la personalidad electrónica como mecanismo de imputación de responsabilidad. Esa construcción, impulsada en su momento por el Parlamento Europeo, carece de fundamento dogmático sólido y generaría más problemas de los que resolvería. La responsabilidad debe recaer sobre personas físicas y jurídicas identificables, no sobre entidades artificiales sin patrimonio ejecutable.

**2º.** Extender la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, de modo que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra todos los agentes de la cadena tecnológica que contribuyeron al daño: desarrolladores, fabricantes, distribuidores y centros sanitarios. La responsabilidad solidaria, con acciones de repetición entre ellos, es el mecanismo más eficaz para garantizar la tutela del perjudicado sin desincentivar la innovación.

**3º.** Establecer mecanismos de facilitación probatoria específicos para los supuestos de daños causados por sistemas de inteligencia artificial. La inversión de la carga de la prueba del nexo causal, condicionada a la acreditación de que el demandante no pudo razonablemente acceder a la información técnica necesaria, es la fórmula más equilibrada. No es responsabilidad objetiva encubierta: es proporcionalidad procesal.

**4º.** Consagrar expresamente un régimen de responsabilidad solidaria entre los distintos agentes de la cadena, con criterios claros para la distribución interna de la carga entre ellos. La distribución debería hacerse en

[35] Valls Prieto, J. (2022). Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24*, 1–35. http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-27.pdf

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

función del grado de contribución de cada agente al riesgo materializado, no de su posición formal en la cadena de comercialización.

**5º.** Incorporar expresamente en la Ley 41/2002, o en su futura reforma, la obligación de informar al paciente sobre el uso de sistemas de inteligencia artificial en su proceso asistencial, con indicación de su naturaleza, sus limitaciones conocidas y la forma en que se integran en la decisión clínica. El silencio de la ley actual sobre este punto no es neutral: genera incertidumbre que perjudica tanto a los pacientes como a los profesionales.

**6º.** Coordinar el régimen de responsabilidad civil con los mecanismos sancionadores del Reglamento de IA, de modo que la acreditación de una infracción grave en sede administrativa pueda tener eficacia probatoria en el proceso civil. Esa coordinación evitaría la duplicidad de esfuerzos probatorios y haría el sistema más eficiente para todas las partes.

## X. CONCLUSIONES

**1º.** La incorporación de sistemas de inteligencia artificial a la práctica clínica genera riesgos de daño que los marcos clásicos de responsabilidad civil no abordan satisfactoriamente. Esa insuficiencia no es un accidente: responde a que esos marcos fueron diseñados para un modelo de causalidad lineal que la IA, con su opacidad y su dinamismo, no respeta.

**2º.** El debate sobre la personalidad jurídica de los sistemas de IA carece de fundamento dogmático y de utilidad práctica. No hay razón para atribuir subjetividad jurídica a entidades que no tienen voluntad ni patrimonio. La cuestión relevante no es si la IA puede responder, sino quién de entre los humanos que la crearon, comercializaron y usaron debe hacerlo.

**3º.** El régimen de responsabilidad civil aplicable depende de la causa del daño. Si el daño trae causa de un defecto intrínseco del sistema, el marco es el de la responsabilidad por productos defectuosos. Si trae causa de un error en su utilización, el marco es el de la responsabilidad profesional sanitaria. En la mayoría de los casos reales, ambos marcos concurren.

**4º.** La prueba del nexo causal es el problema práctico más serio. La opacidad algorítmica dificulta saber si fue el sistema, el médico o su interacción lo que causó el daño. Las reglas procesales vigentes no están diseñadas para ese problema. Una reforma que facilite el acceso del perjudicado a la documentación técnica del sistema es, hoy, la medida más urgente.

**5º.** El consentimiento informado y la protección de datos son dos garantías que el uso de IA sanitaria pone bajo presión. La primera porque el paciente no puede consentir lo que no comprende; la segunda porque

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los datos de salud son la materia prima del sistema y su tratamiento está sujeto a exigencias que no siempre se cumplen. Ambas garantías necesitan actualización normativa específica.

**6º.** El Reglamento de IA aporta el marco normativo que faltaba, pero no resuelve por sí solo los problemas de responsabilidad civil. Es un punto de partida, no un punto de llegada. Su eficacia real dependerá de cómo los tribunales integren sus exigencias en el análisis de la diligencia debida y de cómo el legislador español adapte el derecho interno a sus prescripciones. Ese trabajo está por hacer.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

Almenar Pineda, F. (2026). Imprudencia penal médica e inteligencia artificial predictiva: redefinición del deber de cuidado y límites de la responsabilidad penal. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, (71).

Barrio Andrés, M. (2018). Hacia una personalidad electrónica para los robots. Revista de Derecho Privado, 102(2), 89–107. https://doi.org/10.30462/RDP-2018-02-03-636

Ercilla García, J. (2018). Normas de Derecho civil y robótica: Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación. Aranzadi.

Evangelio Llorca, R. (2024). Responsabilidad civil e inteligencia artificial en el ámbito sanitario: Posibles vías de reclamación. En J. A. Moreno Martínez & P. J. Femenía López (Coords.), Inteligencia artificial y derecho de daños: Cuestiones actuales: Acorde al Reglamento (UE) 2024/1689 (pp. 149–222). Dykinson.

Gil Membrado, C. (2023). Riesgos del uso de algoritmos en el diagnóstico y en la investigación biomédica. Reus.

Herrera de las Heras, R. (2021). Inteligencia artificial, robots y personalidad jurídica. En M. J. Cruz Blanca & I. Lledó Benito (Coords.), La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0: Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes (pp. 29–49). Dykinson.

Herrera de las Heras, R. (2022). Aspectos legales de la inteligencia artificial: Personalidad jurídica de los robots, protección de datos y responsabilidad civil. Dykinson.

Melo, V. (2024). Inteligencia artificial aplicada a la atención sanitaria: Los desafíos que se plantean a la hora de la responsabilidad. El Derecho. Revista de doctrina y jurisprudencia.

Melo, Z. (2024). Inteligencia artificial en salud: desafíos éticos para lograr la aplicación de las tecnologías a la salud del paciente. Trayectorias Humanas Trascontinentales, (18). https://doi.org/10.25965/trahs.6349

Navas Navarro, S. (2022). Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial. Revista CESCO de Derecho de Consumo, (44), 43–67. https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.44.3239

Ramón Fernández, F. (2021). Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 10(1), 329–351. https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.60931

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Vallespín Pérez, D. (2025). Responsabilidad civil extracontractual en materia de IA: Especial referencia a la carga de la prueba y la aplicación de presunciones. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política, (42), 1–11. https://doi.org/10.7238/idp.v0i42.432054

Valls Prieto, J. (2022). Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24, 1–35. http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-27.pdf

Zouak Lara, P. (2025). Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: Interacciones entre el Reglamento General de Protección de Datos y el Reglamento de Inteligencia Artificial. Cuadernos de Derecho Transnacional, 17(2), 861–883. https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9903

**Fuentes normativas e institucionales**

Comisión Europea. (2018, 14 de febrero). Un marco financiero plurianual nuevo y moderno para una Unión Europea que cumpla de manera eficiente con sus prioridades posteriores a 2020 (COM(2018) 98 final). EUR-Lex. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0098

Comisión Europea. (2020, 19 de febrero). Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (COM(2020) 65 final). Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Comité Económico y Social Europeo. (2017, 31 de agosto). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Inteligencia artificial: Las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (2017/C 288/01). Diario Oficial de la Unión Europea, C 288, 1–9.

Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE. (2019). Diario Oficial de la Unión Europea, L 136, 28–50.

Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE. (2024). Diario Oficial de la Unión Europea.

European Parliament. (2020, October 20). European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)) (2021/C 404/05). Official Journal of the European Union, C 404, 107–128.

Parlamento Europeo. (2017, 16 de febrero). Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) (2018/C 252/25). Diario Oficial de la Unión Europea, C 252, 239–257.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican determinados Reglamentos y Directivas. (2024). Diario Oficial de la Unión Europea.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA RETÓRICA, LA ARGUMENTACIÓN Y LA ORATORIA EN LOS ESTUDIOS DE DERECHO: NECESIDAD Y PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN

*Carlos Enrique Portalo Prada*

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de las Islas Baleares (UIB)

**SUMARIO:** *I. Introducción. 1. Objetivos. II. La necesidad de la retórica en la formación del jurista. 1. El lenguaje como herramienta del jurista y el discurso jurídico. 2. Una visión clásica y actual de las funciones retóricas del discurso. III. El necesario conocimiento de las técnicas de argumentación jurídica. IV. La utilidad de la retórica, la oratoria y la argumentación en el sistema procesal español. V. Una propuesta de implementación curricular. 1. Retórica Jurídica. 2. Teoría de la Argumentación Jurídica. 3. Técnicas de Oratoria y Lenguaje No Verbal. 4. Metodología y evaluación. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía*

**Resumen:** *La Retórica es una disciplina olvidada y escasamente utilizada por los operadores jurídicos, pese a que cotidianamente construyen discursos, redactan demandas y motivan sentencias. Buena parte de la responsabilidad de ese olvido reside en los espacios de educación superior, que no aseguran una formación adecuada de los futuros juristas en las técnicas del discurso, la argumentación y la oratoria. Quien trabaja con el Derecho está obligado a argumentar, y a hacerlo bien; y esa argumentación gana en eficacia cuando se sirve de la Retórica, que no debe entenderse enfrentada a la teoría de la argumentación, sino como su cooperadora necesaria. El presente trabajo justifica la necesidad de recuperar la Retórica en la formación del jurista práctico y ofrece una propuesta concreta para su implementación, articulada en tres asignaturas, en los grados de Derecho y en los másteres de acceso a la abogacía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Se afirma con frecuencia que la retórica está hoy más vigente que nunca, en la medida en que la comunicación es el signo que configura el mundo digital y el de las redes sociales. En el Derecho, sin embargo, la realidad es la inversa: la retórica continúa siendo una disciplina prácticamente olvidada. Los abogados emplean el término en sentido peyorativo y los jueces desprecian determinados discursos de las partes calificándolos de «retóricos», como sinónimo de vacíos, aunque bien adornados. La retórica ha dejado de ser objeto de estudio en ramas del conocimiento en las que era indispensable, y el Derecho ha sido tradicionalmente una de ellas.

Las causas de ese olvido son varias: la ignorancia del verdadero alcance de la disciplina, las connotaciones peyorativas del término - nunca del todo superadas -, la influencia del cartesianismo, del positivismo y de las escuelas analíticas, o su indebida asociación con la sofística. Lo cierto es que, en las facultades de Derecho, el interrogante ni siquiera se plantea: para buena parte de los claustros, la retórica sencillamente no existe. Y, no obstante, ninguna facultad contempla en el diseño curricular del grado, siquiera como asignatura optativa, su estudio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La paradoja resulta evidente si se atiende a la realidad del ejercicio profesional. La mayoría de los estudiantes de Derecho orientan su actividad a la aplicación práctica, y los sistemas procesales españoles se caracterizan hoy por la oralidad, la inmediación y la concentración; la reforma del proceso civil del año 2000 supuso la ruptura definitiva con el proceso escrito. ¿Qué hacemos los abogados en un juicio oral? Fundamentalmente, persuadir a jueces y magistrados de la bondad de las tesis que defendemos, construyendo discursos correctamente argumentados. La nueva retórica enseña que se persuade a través del discurso, sirviéndose del lenguaje y de las técnicas del debate y la controversia, para lograr la adhesión del destinatario, que en el plano jurídico es el juez o tribunal.

Un discurso jurídico solo es eficaz si resulta adecuado para persuadir al órgano jurisdiccional[1]. El estudiante debería conocer las técnicas discursivas dirigidas a provocar la adhesión a sus tesis; y el juez, obligado a motivar sus resoluciones como manifestación directa de la tutela judicial efectiva, debería profundizar en la retórica como técnica argumentativa para construir mejores fundamentaciones. La retórica obliga a argumentar; argumentar conduce a razonar, y razonar a elegir la solución más adecuada. Esa es la función que abogados, jueces y fiscales desempeñamos en el foro cada día. La retórica, por tanto, debe complementar necesariamente los estudios de Derecho.

### 1. Objetivos

El trabajo persigue tres objetivos generales: explicar y justificar la necesidad de incluir el estudio de la Retórica en la formación de los futuros juristas; profundizar en las razones que la han convertido en una disciplina olvidada en los diseños curriculares; y diseñar los ejes fundamentales para su incorporación a los planes de quienes se dedicarán al ejercicio práctico del Derecho. De ellos derivan objetivos específicos: analizar los presupuestos de la retórica clásica como herramienta de resolución de conflictos, delimitar el concepto de discurso jurídico, concretar las ventajas que ofrece al jurista práctico el conocimiento de la retórica y la oratoria, exponer las técnicas de la argumentación y su utilidad, y delimitar las materias que deberían integrar el proyecto curricular.

## II. LA NECESIDAD DE LA RETÓRICA EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA

### 1. El lenguaje como herramienta del jurista y el discurso jurídico

Tradicionalmente, en los planes de estudio de los grados de Derecho y en los másteres de acceso a la abogacía no aparecen asignaturas que aborden, ni siquiera de modo tangencial, la retórica, la dialéctica o la oratoria, ni la problemática lingüística del discurso jurídico. Y ello pese a que el uso correcto del lenguaje es la herramienta principal del jurista que aplica en la práctica los conocimientos adquiridos. Ese aspecto, esencial para el

[1] PERELMAN, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica, Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 185.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

desarrollo profesional, queda relegado a las capacidades naturales de cada individuo y al bagaje que vaya adquiriendo con el tiempo. Existe alguna oferta aislada - «teoría del discurso jurídico», «oratoria judicial», «escritura jurídica», talleres de litigación -, pero es evidente la falta de inserción sistemática de estas disciplinas en los estudios reglados.

No deja de sorprender, porque a través del lenguaje se manifiesta la voluntad del Estado, se hacen las leyes, se interpreta y aplica el Derecho, se argumenta y se emiten juicios; y es mediante la sentencia como se alcanza el extremo performativo del lenguaje: se condena, se absuelve, se priva de derechos o se restablecen. Por ello, los principales actores de la escena forense - jueces, fiscales y abogados - deben dominar todas las particularidades del discurso jurídico, desde su construcción hasta su argumentación y expresión. Hablar y escribir son las aptitudes que el profesional del Derecho habrá de poner de manifiesto; sin embargo, hoy el alumno elabora discursos de manera asistemática, interiorizando un tecnolecto a medida que estudia las distintas instituciones jurídicas.

## 2. Una visión clásica y actual de las funciones retóricas del discurso

Ya Aristóteles, en su *Retórica*, distinguía el género judicial del deliberativo y del demostrativo, e incluía en el primero los discursos pronunciados allí donde se juzga sobre algo sucedido[2]. En esos supuestos se enfrentan posturas que, a partir de los mismos hechos, proponen interpretaciones y decisiones opuestas, atendiendo cada postulante no solo a su tesis sino a la del adversario para rebatirla. Los juristas medievales concedieron enorme importancia a la retórica, tanto en el modo de concebir la búsqueda de soluciones para los litigios como en la enseñanza del Derecho.

Esa concepción entró en crisis con el racionalismo moderno: la prudencia fue reemplazada por la pretensión de dotar al razonamiento jurídico de una certeza semejante a la de las ciencias naturales - recuérdese el ataque de Kant a la retórica -. El iusnaturalismo racionalista y, después, el movimiento codificador desde finales del siglo XVIII, trasladaron esos esquemas al Derecho positivo, entendido como sistema completo y coherente en el que el juez encuentra siempre la respuesta en la ley; la discusión en torno a lo dudoso, y con ella la retórica, perdió su sitio.

El sistema entra en crisis con la nueva centuria. Jhering insiste en que el Derecho no es un puro sistema de conceptos, sino vida social e historia; Gény subraya que la norma no agota el Derecho ni predetermina la sentencia, abriendo un espacio de valoración. Se constata entonces que el ordenamiento posee antinomias y lagunas, que las sociedades cambian a mayor velocidad de la que el legislador prevé y que los cánones de interpretación sirven para justificar decisiones contrapuestas. A partir de 1950 renace una conciencia retórica

[2] ARISTÓTELES, Retórica, lib. I. Sobre la distinción entre los géneros judicial, deliberativo y demostrativo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

afianzada por la Lingüística, la Filosofía y la Ciencia Jurídica: como Teoría de la Argumentación, la Retórica se centra en el razonamiento y la estructuración argumentativa del discurso. El razonamiento jurídico se entiende ya no como monológico, sino como dialógico, de modo que la corrección de las decisiones se sustenta en el consenso alcanzado mediante argumentos compartidos por la sociedad.

Con fines didácticos, el discurso jurídico debe abordarse en tres niveles entrelazados: el retórico (las funciones retóricas propiamente dichas), el argumentativo (lograr la adhesión a las tesis propias y refutar las adversas) y el pragmático (los actos de habla, en especial los judicativos y los ejercitativos). El ordenamiento español ha culminado casi por completo el tránsito del sistema escrito-inquisitivo al oral-adversarial; sin embargo, ese cambio no ha venido acompañado de un nuevo paradigma en la enseñanza del Derecho, pues los egresados no han sido capacitados en la elaboración de textos y discursos jurídicos. Un texto de calidad exige narrar los hechos con la brevedad, claridad y verosimilitud que ya describieron Aristóteles y Cicerón, y presentar persuasivamente las razones; y un buen desempeño oral exige el dominio de la *actio* y de los códigos no verbales, insustituibles para construir el caso, conducir los interrogatorios y pronunciar el informe.

## III. EL NECESARIO CONOCIMIENTO DE LAS TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El interés por la argumentación jurídica es hoy fácilmente constatable, en buena medida gracias a la obra de Perelman, para quien «la paz jurídica solo se restablece definitivamente cuando la solución más aceptable socialmente va acompañada de una argumentación jurídica suficientemente sólida»[3]. El hecho argumentativo es consustancial a todos los operadores jurídicos: en el plano general, han de justificar y legitimar el Derecho ante la sociedad; en el particular, aplicarlo a la solución del caso concreto. La exigencia social de que los poderes públicos - y singularmente el judicial- racionalicen y motiven su actuación ha sido la causa determinante del auge de los estudios sobre la materia.

Como recuerda la doctrina, nadie duda de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y la cualidad que mejor define a un buen jurista es la capacidad de idear y manejar argumentos con habilidad[4]. La teoría estándar se ocupaba casi en exclusiva de cuestiones normativas; las aportaciones más recientes han puesto de relieve que la argumentación de la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre los hechos. Una teoría plenamente desarrollada debería disponer de un método para representar el proceso real de la argumentación - tal como se plasma en sentencias y demás documentos - y de criterios, tan precisos como sea posible, para juzgar su corrección[5].

[4] FERNÁNDEZ RUIZ, G., La argumentación retórica en el campo del derecho, Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, Belo Horizonte, 2014, p. 75. La autora cita a M. ATIENZA.
[5] ATIENZA, M., Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica, UNAM, México, 2009, p. 240.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Todos los profesionales que intervienen en el foro - abogados, fiscales, jueces, abogados del Estado - emplean gran parte de su esfuerzo en confeccionar premisas y sostener conclusiones mediante juicios de inferencia. De ahí la utilidad de distinguir entre la lógica formal, con repercusión en la demostración empírica de ciertos hechos, y la lógica informal, que rige los procesos argumentativos de interpretación, selección y significación de los datos. El juez argumenta para cumplir su deber de motivación; el abogado, para lograr la adhesión del auditorio y que su tesis quede reflejada en la sentencia. Por ello el abogado debe saber qué es un argumento, cómo se elabora y se valora, cómo se expresan los propios y se critican los contrarios, y cómo se estructuran y exponen en el plenario. El conocimiento de la argumentación es, así, una competencia que la enseñanza universitaria debe ofrecer; competencia que, por ser a la vez teoría y actividad, requiere métodos de evaluación distintos de los tradicionales: juicios simulados, análisis y resolución de casos, prácticas de interpretación y ligas de debate.

## IV. LA UTILIDAD DE LA RETÓRICA, LA ORATORIA Y LA ARGUMENTACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL

El estudio de la retórica y la argumentación cobra pleno sentido dentro de los sistemas heterocompositivos de resolución de conflictos - el arbitraje y, sobre todo, el proceso -, en los que un tercero supra partes impone la resolución. Es en el proceso donde la norma se aplica al caso concreto, y en él dos profesionales adquieren protagonismo esencial: el abogado y el juez.

Sobre el abogado poco se ha escrito desde la filosofía del Derecho de raíz iuspositivista, más atenta al científico y al juez; algunos autores llegan a identificarlo con su cliente por cuanto no decide nada[6]. La tradición tampoco ha transmitido de él una imagen siempre limpia, por su asociación con una elocuencia que se reputa capaz de falsear la razón. Conviene recordar, no obstante, que Cicerón reivindicaba la nobleza de «hacerse paladín de los débiles y de los oprimidos», aun reconociendo la tensión entre elocuencia y verdad[7]; y que Quintiliano circunscribía todo uso retórico al campo de lo verosímil[8]. Esa ambigüedad es la propia de una función que oscila entre el polo comunitarista de la vigencia del ordenamiento y el individualista de la defensa de intereses particulares.

Bien entendido, el papel del abogado lo convierte en operador jurídico por excelencia: a diferencia del juez, opera con razones plenamente jurídicas y no discrecionales, que han de presentarse como una causa justa, públicamente aceptable y verosímil, vinculadas al dominio de la regla y de la ética[9]. En el proceso civil, regido por la oralidad desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el dominio de la exposición, del interrogatorio de

[6] HART, H. L. A., El concepto de Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 89.
[7] CICERÓN, M. T., De Oratore (Dell'oratore), Rizzoli, 1997, lib. I.
[8] QUINTILIANO, Sobre la formación del orador (Institutio Oratoria), Universidad Pontificia de Salamanca, 1991.
[9] LA TORRE, M., Abogacía y retórica. Entre teoría del Derecho y deontología forense, Università di Catanzaro, 2008.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

partes y testigos y del informe oral resulta decisivo. Y en el proceso penal, donde están en juego la libertad y los derechos fundamentales, la calidad del discurso - tanto del acusador como del defensor - y la solidez de la motivación judicial adquieren una relevancia superlativa, también a la hora de distinguir y tratar adecuadamente los casos fáciles de los difíciles[10].

La finalidad de quien interviene en el proceso es persuadir: el abogado, al cliente para que le contrate y al tribunal para ganar el juicio; el juez, al tribunal superior y a la comunidad jurídica para que ratifiquen y acepten su resolución como la que corresponde al caso. El análisis del discurso jurídico, como discurso eminentemente persuasivo, hace emerger las valoraciones sociales que lo subyacen y la carga de poder que conlleva[11]. Por eso la retórica no es ornato prescindible, sino instrumento de racionalidad y de control: una herramienta crítica al servicio del Estado de Derecho[12].

## V. UNA PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN CURRICULAR

Diagnosticado el problema, procede modelar el currículo. La propuesta se formula conforme a criterios máximos, de modo que cada centro pueda asumirla íntegra o parcialmente según sus necesidades y las características de sus alumnos. Su finalidad es satisfacer las necesidades formativas de los estudiantes de grado en Derecho y de los másteres de acceso a la abogacía en retórica, argumentación y oratoria, mediante asignaturas de marcado carácter instrumental y práctico -no orientadas a una habilitación, sino a complementar la formación que culmina en el grado o el máster -. El esquema seguido identifica el contexto y las competencias, selecciona objetivos y contenidos, diseña la metodología (actividades presenciales y no presenciales, su temporalización y su evaluación) y los organiza por bloques de aprendizaje. Se articula en torno a tres asignaturas.

### 1. Retórica Jurídica

Concebida como asignatura optativa de seis créditos en el primer curso del grado, ofrece al estudiante el sustrato histórico y conceptual de la disciplina y su reencuentro con el Derecho. Sus contenidos abarcan el concepto y la evolución de la retórica desde la Antigüedad clásica hasta la nueva retórica de Perelman, las partes del discurso (*inventio, dispositio, elocutio, memoria* y *actio*), las funciones retóricas del discurso jurídico y su dimensión crítica como herramienta de análisis del razonamiento. Es imprescindible que el alumno conozca, cuando menos, la obra de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.

[10] STRECK, L. L., Las consecuencias hermenéuticas de la (indebida) separación entre casos fáciles (easy cases) y casos difíciles (hard cases) en el derecho penal, Revista General de Derecho Penal, n.º 14, 2010.
[11] RIBEIRO, G., Las funciones retóricas del discurso jurídico, Revista de Derecho, segunda época, año 8, 2013.
[12] MAC CORMICK, N., Retórica y Estado de Derecho, Isegoría, n.º 21, 1999.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### 2. Teoría de la Argumentación Jurídica

Su objeto es dotar al estudiante de las herramientas para construir, valorar y refutar argumentos. Comprende la distinción entre lógica formal e informal, la justificación interna y externa de las decisiones, las falacias, las teorías estándar de la argumentación y sus desarrollos más recientes - en especial la atención a la argumentación sobre los hechos -, así como la motivación de las resoluciones como exigencia de la tutela judicial efectiva. Por tratarse de una materia que es teoría y actividad, su aprendizaje exige la resolución de casos, el análisis de sentencias y la práctica argumentativa.

### 3. Técnicas de Oratoria y Lenguaje No Verbal

De vocación eminentemente práctica, prepara al alumno para las distintas situaciones comunicativas del proceso oral: la exposición de apertura, el interrogatorio y el informe. Aborda la expresión oral eficaz, el dominio de la voz y del cuerpo, los códigos no verbales, el control de las emociones y del miedo escénico, y la construcción estratégica del caso. Es el complemento natural de las dos asignaturas anteriores y el que con mayor claridad responde a la oralidad que preside hoy los procedimientos.

### 4. Metodología y evaluación

La coherencia de la propuesta exige una metodología y una evaluación acordes con su carácter práctico. Junto a la imprescindible base teórica, deben programarse seminarios específicos, juicios simulados, ligas de debate y prácticas de interpretación y argumentación. La evaluación ha de combinar una prueba final escrita con la valoración del trabajo autónomo del alumno, de manera que mida competencias y no solo conocimientos. El proceso de incorporación debería ser paulatino: comenzar por la sensibilización de los sectores profesionales - el Consejo General del Poder Judicial, para que la argumentación se estudie en la Escuela Judicial, y el Consejo General de la Abogacía y los colegios, a través de sus comisiones de formación -, seguir por la inclusión - a mi juicio, obligada - de estas materias en los másteres de acceso a la abogacía, y aspirar, finalmente, a su presencia en los planes de grado de todas las universidades. El marco europeo de educación superior, lejos de ser un obstáculo, ofrece la oportunidad de articular estas disciplinas como optativas atractivas para decanos y alumnos.

## VI. CONCLUSIONES

**Primera.** Tradicionalmente, los estudios de Derecho no contemplan asignaturas que aborden la problemática lingüística del discurso jurídico ni las técnicas de argumentación y de expresión oral y escrita, pese a que el lenguaje es la herramienta principal del jurista en cualquiera de sus incumbencias profesionales.

**Segunda.** La argumentación jurídica, disciplina en auge en las cátedras de Filosofía del Derecho, no se explica como materia autónoma en el grado; y la retórica y la oratoria, de evidente interés para el jurista práctico en

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

un sistema presidido por la oralidad, tampoco se contemplan. Su ausencia relega estas destrezas a las capacidades naturales de cada individuo.

**Tercera.** El concepto de discurso jurídico engloba técnicas y saberes cuyo aprendizaje es esencial para el desempeño profesional, singularmente del abogado y del juez, que necesitan formarse en estrategias argumentativas y persuasivas para la producción, interpretación y análisis de los textos y discursos que aparecen en los procesos.

**Cuarta.** El currículo de retórica, argumentación y oratoria aplicado al grado debe tener un contenido eminentemente práctico, con seminarios específicos y una evaluación coherente con esa orientación. El alumno debe conocer la obra de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano y los desarrollos de la nueva retórica.

**Quinta.** Es necesario profundizar y actualizar la relación interdisciplinaria entre Retórica y Derecho, más allá de los estudios sobre argumentación jurídica. No se trata de restar espacio al Derecho Civil, Procesal o Penal, sino de ganar espacio para que el futuro profesional ejerza en plenitud de aptitudes. La retórica debe «volver» al Derecho como herramienta crítica y analítica; debe volver al lugar del que nunca debió alejarse. Solo así el lenguaje jurídico podrá recuperar el papel que un día desempeñó: en un mundo que demanda comprenderlo todo, la retórica resulta vital para justificar de manera comprensible las decisiones jurídicas y, con ellas, acercar el Derecho a la justicia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ARMADA CORNET, C., El reto de la argumentación jurídica para los profesionales del Derecho, TFG, Universidad Pontificia Comillas, 2014 (http://hdl.handle.net/11531/667; consultado el 10 de junio de 2026).

ATIENZA, M., Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica, UNAM, México, 2009.

ATIENZA, M., Prólogo, en COURTIS, C. (Ed.), Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Trotta, Madrid, 2016.

BORSANI, M. E., Controvertida vigencia de la retórica, Revista de Filosofía, n.º 34, 2000.

CICERÓN, M. T., De Oratore (Dell'oratore), Rizzoli, 1997.

COUSO SALAS, J., El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidad en perspectiva, Iustel (www.iustel.com).

DORANTES-DÍAZ, F. J., Retórica y Derecho hoy, Revista La Colmena, enero-marzo de 2014.

ENCALADA GONZÁLEZ, D. V., La retórica jurídica y el Derecho Penal, Revista Facultad de Jurisprudencia, n.º 3, 2018.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

FERNÁNDEZ RUIZ, G., La argumentación retórica en el campo del derecho, Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, Belo Horizonte, año 14, 2014.

GARCÍA AMADO, J. A., Retórica, argumentación y derecho, Isegoría, n.º 21, 1999.

GÓMEZ BORRÁS, M., La nueva retórica y el nuevo lenguaje jurídico, Revista Jurídica de Navarra, n.º 39, 2005.

HART, H. L. A., El concepto de Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

HUERTA, C., La argumentación en el discurso jurídico, Confluências, vol. 12, n.º 1, 2012.

LA TORRE, M., Abogacía y retórica. Entre teoría del Derecho y deontología forense, Università di Catanzaro, 2008.

LERMA GONZÁLEZ, H., La argumentación jurídica a la luz del maestro Manuel Atienza, Revista de la Justicia Fiscal y Administrativa, n.º 3, 2010.

MAC CORMICK, N., Retórica y Estado de Derecho, Isegoría, n.º 21, 1999.

OTERO PARGA, M., Retórica versus Argumentación. Perspectivas en el nuevo espacio de educación superior, Dereito, n.º 18, 2008.

PARAÍSO, I., Actualidad de la retórica, Analecta Malacitana, XXI, 1997.

PERELMAN, Ch. / OLBRECHTS-TYTECA, L., Tratado de la argumentación. La nueva retórica, Gredos, Madrid, 1989.

PERELMAN, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica, Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

POBLET, M., Las formas retóricas del discurso jurídico. Una descripción etnográfica, Working Paper n.º 147, 1998.

QUINTILIANO, Sobre la formación del orador (Institutio Oratoria), Universidad Pontificia de Salamanca, 1991.

RIBEIRO, G., Las funciones retóricas del discurso jurídico, Revista de Derecho, segunda época, año 8, 2013.

STRECK, L. L., Las consecuencias hermenéuticas de la (indebida) separación entre casos fáciles (easy cases) y casos difíciles (hard cases) en el derecho penal, Revista General de Derecho Penal, n.º 14, 2010.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA INTERVENCIÓN DEL JUZGADO DE GUARDIA EN LOS INTERNAMIENTOS NO VOLUNTARIOS POR TRASTORNO PSÍQUICO: EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL

*Alberto Marcelino Sánchez Sánchez*

Profesor Asociado. Compliance Penal. Universidad Europea. Faculty of Social Sciences and Comunication. Departament of Law and Political Sciences. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. La libertad personal como presupuesto constitucional del sistema. III. El artículo 763 LEC y la estructura jurídica del internamiento urgente. IV. El control jurisdiccional como garantía esencial. IV. El control jurisdiccional como garantía esencial. V. La intervención del Juzgado de Guardia: justificación y límites estructurales. VI. Garantías procesales: audiencia, defensa, prueba y motivación. VII. Los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. VIII. Control periódico y garantía ex post. IX. Valoración crítica del modelo español y propuestas de mejora. X. Conclusiones. Bibliografía. Normativa y Jurisprudencia*

## I. INTRODUCCIÓN

La libertad personal constituye uno de los derechos sobre los que se asienta nuestro Estado de Derecho. Partiendo de esta consideración, cualquier actuación pública que impida a una persona decidir libremente dónde permanecer tiene que ser examinada con especial rigor. Esto es precisamente lo que ocurre con el internamiento no voluntario por trastorno psíquico. Su finalidad puede ser asistencial y, en muchos casos, absolutamente necesaria; pero esa finalidad no cambia la naturaleza de la medida ni permite disminuir las garantías que acompañan a una privación de libertad.

Nos encontramos, además, ante una institución particularmente compleja. Y lo es no solamente por la regulación legal que la contempla, sino por la forma en que se aplica diariamente en los Juzgados. Es precisamente en los supuestos urgentes donde aparecen con mayor claridad los problemas: el ingreso ya se ha producido, existe una valoración médica que lo considera necesario y el órgano judicial debe controlar en un plazo muy breve si esa privación de libertad puede mantenerse.

Desde el punto de vista constitucional el problema aparece con bastante nitidez. El artículo 17 CE protege la libertad personal y el internamiento impide al afectado decidir por sí mismo si permanece o abandona el centro. A nuestro modo de ver, no cabe por ello rebajar la cuestión a una simple actuación sanitaria. Podrá existir una indicación clínica de ingreso, incluso muy fundada, pero jurídicamente existe una persona privada de libertad y esta realidad es la que determina el nivel de garantías exigible.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

De aquí deriva la importancia del control judicial. El criterio médico es imprescindible para conocer el estado del paciente, pero no puede convertirse por sí solo en el título legitimador de la privación de libertad. Al juez le corresponde realizar una valoración propia y motivada. La cuestión adquiere todavía mayor importancia cuando el ingreso se produce por razones de urgencia, porque en ese momento la autorización judicial no precede a la medida, sino que llega después. En estos casos el Juzgado de Guardia pasa a ocupar una posición decisiva como primer control externo de una situación de privación de libertad ya iniciada.

Ahora bien, quien conoce el funcionamiento de una guardia judicial sabe que esta actuación se desarrolla en unas condiciones muy concretas. En el mismo periodo de guardia pueden coincidir detenidos, órdenes de protección, entradas y registros, medidas cautelares y otras diligencias urgentes. A ello se añade que el juez que interviene no tiene por qué tener una especialización específica en salud mental. Por ello interesa estudiar no solamente qué dice la norma, sino si el diseño práctico permite que el control tenga la intensidad que constitucionalmente se le exige. En esta valoración resulta igualmente imprescindible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Partiendo de lo anterior, el objeto de este trabajo es estudiar la intervención del Juzgado de Guardia, las garantías que deben observarse y algunos de los problemas que aparecen en la práctica. La idea que servirá de hilo conductor es sencilla: una resolución judicial no legitima el internamiento por el mero hecho de existir. Lo verdaderamente importante es cómo se ha llegado a ella, qué ha podido conocer el juez, si el afectado ha podido ser oído y defendido y si se han valorado de forma individualizada las razones que justifican mantener la medida.

## II. LA LIBERTAD PERSONAL COMO PRESUPUESTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA

El punto de partida no puede ser otro que el artículo 17 CE. Si nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos legalmente, el internamiento no voluntario tiene que analizarse desde esta garantía y no únicamente desde su vertiente sanitaria. El artículo 763 LEC articula el procedimiento y diferencia dos situaciones: la autorización judicial previa, que constituye la regla general, y el ingreso urgente que se produce antes de la decisión judicial y que posteriormente debe ser ratificado[1].

[1] Tribunal Constitucional, STC 141/2012, de 2 de julio, esp. Fundamentos Jurídicos 4 a 6 recogemos por su relevancia los siguientes: ***5.*** *La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), cuales son:*
*a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.*
*b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.3 CE para la detención.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Podría discutirse si estamos ante una medida sanitaria o ante una privación de libertad. Sin embargo, esta discusión pierde buena parte de su sentido cuando observamos el efecto material de la medida: la persona no puede abandonar voluntariamente el lugar en el que se encuentra ingresada. Por ello entendemos que la finalidad terapéutica explica la razón del ingreso, pero no modifica su incidencia sobre la libertad ambulatoria ni, en consecuencia, las garantías jurídicas que deben rodearlo.

---

*c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que "el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida.*
*Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).*
*Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. (…)*
*En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo ("Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar").*
*d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.*
*6. (…) Como garantías propias de esta fase del procedimiento, cohonestadas directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), aparecen las siguientes:*
*a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.*
*Además, y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.*
*b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.*
*c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).*
*El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.*
*Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta consideración ha sido asumida por el Tribunal Constitucional. Especial importancia tiene la STC 141/2014, que sistematiza las garantías exigibles tanto en la fase anterior a la intervención judicial como en la posterior ratificación del internamiento urgente. De dicha resolución se desprende, a nuestro juicio, una consecuencia de especial relevancia práctica: los plazos y actuaciones que rodean el internamiento no son simples formalidades procesales, sino garantías directamente conectadas con el artículo 17 CE.

Por ello, el informe médico y la decisión judicial cumplen funciones distintas. El facultativo determina y explica la situación clínica; el juez debe decidir si esa situación permite jurídicamente mantener una privación de libertad. Confundir ambas funciones supone, en la práctica, trasladar al ámbito médico una decisión que la Constitución reserva al control jurisdiccional. Y precisamente porque el afectado puede encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, entendemos que la tutela debe ser más intensa y no al contrario.

La excepcionalidad de la medida obliga, por tanto, a examinar cada supuesto concreto. No se cuestiona aquí la necesidad de que existan internamientos no voluntarios; existen situaciones en las que resultan imprescindibles. Lo que se cuestiona es que su necesidad clínica pueda darse automáticamente por equivalente a su legitimidad jurídica. Esta última exige comprobar necesidad, proporcionalidad y mantenimiento de las circunstancias que justificaron el ingreso.

Existe, además, una cuestión de técnica legislativa con relevancia constitucional. El Tribunal Constitucional declaró en la STC 132/2010 la inconstitucionalidad - sin nulidad - del inciso del artículo 763.1 LEC que habilita la decisión de internamiento, por insuficiencia de rango normativo, al considerar que una regulación que desarrolla un supuesto de privación de libertad requiere ley orgánica. La solución de inconstitucionalidad sin nulidad evitó un vacío normativo, pero mantuvo abierto un problema que afecta a la calidad formal de la regulación[2].

## III. EL ARTÍCULO 763 LEC Y LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO URGENTE

El artículo 763 LEC parte de una regla relativamente clara: el internamiento debe ser autorizado judicialmente antes de producirse. La excepción aparece cuando concurren razones de urgencia. En este segundo supuesto el ingreso se lleva a cabo inmediatamente y el control judicial se produce después, debiendo el responsable del centro comunicarlo al tribunal dentro de las veinticuatro horas y resolverse la ratificación dentro del plazo legal. Precisamente porque aquí primero se priva de libertad y después se controla judicialmente la medida, el cumplimiento de estas garantías adquiere una importancia especial.

El concepto de urgencia es uno de los puntos que más problemas puede plantear. A nuestro entender no puede utilizarse como una cláusula genérica que permita acudir de forma habitual al internamiento previo. Tiene que existir una situación que haga imposible esperar a la autorización judicial. Y si esa urgencia es la que

[2] Tribunal Constitucional, STC 132/2010, de 2 de diciembre, FJ 3.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

permite alterar la regla general, parece lógico exigir que quede suficientemente explicada en la documentación remitida al Juzgado.

La comunicación al Juzgado tampoco debería entenderse como un simple trámite administrativo. Es el acto que pone en funcionamiento el control judicial y, por ello, tendría que contener información suficiente para que el juez conozca por qué se produjo el ingreso, cuál es la valoración médica y qué circunstancias impedían esperar. Si la comunicación se limita a fórmulas genéricas, el órgano judicial comienza su actuación con una información necesariamente deficiente.

Ya en la fase judicial, la existencia de un diagnóstico no resuelve por sí misma el problema. El juez debe examinar al afectado, contar con el dictamen facultativo y practicar las actuaciones necesarias. Es aquí donde se pone de manifiesto la diferencia entre asumir el informe y valorarlo. El conocimiento médico corresponde al facultativo, pero la decisión sobre si puede mantenerse la privación de libertad corresponde al órgano jurisdiccional.

De ahí que la motivación del auto tenga una importancia que va más allá de una exigencia formal. Una resolución que se limite a remitirse al informe facultativo puede terminar ocultando si ha existido realmente una valoración judicial. A nuestro juicio, el auto debe permitir conocer qué circunstancias concretas se han tenido en cuenta y por qué el internamiento, y no otra medida menos restrictiva, resulta necesario en ese momento.

## IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO GARANTÍA ESENCIAL

Partiendo de que materialmente existe una privación de libertad, el auto judicial no puede convertirse en el punto de llegada automático del procedimiento. Lo verdaderamente relevante es conocer qué actuaciones se han practicado antes de resolver y, sobre todo, si esas actuaciones han permitido al Juez formarse un criterio propio sobre la necesidad de mantener el ingreso.

En la práctica existe un riesgo evidente: que la decisión sanitaria, adoptada antes de la intervención judicial, condicione excesivamente todo lo que viene después. El paciente ya está ingresado, existe un informe que considera necesario el internamiento y el tiempo para resolver es reducido. En esas circunstancias puede resultar más sencillo ratificar lo ya decidido que replantear la situación. Sin embargo, precisamente esa inercia es la que debe evitar el control jurisdiccional.

No se pretende, evidentemente, que el juez sustituya al médico en una valoración clínica para la que no está cualificado. Lo que se sostiene es algo diferente: el informe médico constituye la base técnica, mientras que la necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad requieren una decisión jurídica propia. Esta distinción debe mantenerse tanto en la ratificación inicial como durante la prolongación del internamiento.

La dificultad aparece cuando trasladamos estas exigencias al funcionamiento real de los órganos judiciales. La acumulación de asuntos y la falta de especialización pueden llevar a que el informe facultativo adquiera un

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

peso prácticamente determinante. Ello es comprensible desde un punto de vista organizativo, pero no por ello deja de ser problemático desde la perspectiva del artículo 17 CE.

En definitiva, puede ocurrir que el expediente aparezca formalmente completo y que, pese a ello, la intervención judicial haya tenido escaso contenido material. Esta diferencia es especialmente importante cuando hablamos de libertad personal. No se trata de añadir trámites innecesarios, sino de que los que la Ley exige cumplan realmente la función para la que fueron previstos.

## V. LA INTERVENCIÓN DEL JUZGADO DE GUARDIA: JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES ESTRUCTURALES

La intervención del Juzgado de Guardia tiene una explicación lógica: si la privación de libertad se produce por una situación urgente, el control judicial tampoco puede demorarse. La guardia garantiza que exista un órgano jurisdiccional disponible con independencia del día y de la hora. Desde esta perspectiva su intervención no es una cuestión puramente organizativa, sino una consecuencia de la necesidad de controlar de forma inmediata una medida que afecta a la libertad personal.

Ahora bien, en la práctica forense el Juzgado de Guardia atiende simultáneamente actuaciones de muy distinta naturaleza. Detenidos, declaraciones, órdenes de protección, entradas y registros y medidas cautelares pueden coincidir con un internamiento urgente. Y este último no es un asunto sencillo: exige escuchar a una persona que puede encontrarse en una situación clínica complicada, comprender un informe médico y adoptar una decisión sobre su libertad. Todo ello tiene que hacerse dentro de una dinámica judicial marcada necesariamente por la inmediatez.

A ello se une el carácter rotatorio de la guardia. No todos los jueces tienen la misma experiencia en esta materia ni existe necesariamente un criterio uniforme. No estamos cuestionando, desde luego, su capacidad para resolver; lo que señalamos es que la organización del servicio puede influir en la profundidad del examen y favorecer una mayor dependencia de la valoración facultativa.

Una de las consecuencias que puede derivarse de ello es la utilización excesiva de resoluciones estandarizadas. Los modelos son necesarios en la actividad diaria de los Juzgados y permiten agilizar el trabajo, pero el problema surge cuando el modelo sustituye al razonamiento concreto. No consideramos necesario un auto especialmente extenso; sí que permita saber por qué esa persona, en ese momento y con esas circunstancias, debe continuar internada.

La doctrina publicada en la Revista CEJUP sobre diferentes modalidades de internamiento y sobre las funciones del juez de guardia pone de relieve, desde ámbitos distintos, una misma tensión entre urgencia, protección y libertad: el control jurisdiccional solo cumple su función cuando se adapta a la específica

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

situación de vulnerabilidad de la persona afectada y no queda absorbido por la lógica general de la tramitación urgente[3].

## VI. GARANTÍAS PROCESALES: AUDIENCIA, DEFENSA, PRUEBA Y MOTIVACIÓN

Las garantías procesales cobran aquí todo su sentido práctico. La audiencia del internado, la información que recibe, su defensa, la valoración médica y la posterior motivación judicial no son compartimentos independientes. Todas ellas forman parte de un mismo procedimiento dirigido a comprobar si está justificado mantener a una persona en un centro contra su voluntad.

La audiencia personal tiene, a nuestro entender, una importancia especial. Es el momento en el que el juez puede conocer directamente a la persona cuya libertad está en juego y no únicamente a través de informes. Es cierto que el estado psicopatológico puede dificultar enormemente esa audiencia. Pero precisamente esa dificultad no debería utilizarse para vaciarla de contenido, sino para adaptar la forma en que se realiza.

Más problemática todavía puede resultar la asistencia jurídica. No parece suficiente hacer constar que se ha ofrecido abogado y procurador a una persona que, por su propio estado, quizá ni siquiera comprende qué se le está ofreciendo. La defensa tiene que servir para algo: conocer la posición del afectado, cuestionar cuando proceda la suficiencia del informe, proponer prueba y poner de manifiesto la existencia de alternativas menos gravosas. Si nada de esto puede hacerse, la defensa existe en el expediente, pero difícilmente puede afirmarse que haya existido materialmente.

La reciente STC 56/2026, de 20 de julio[4], resulta especialmente ilustrativa. El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración del derecho a la libertad personal porque la asistencia jurídica dispensada al afectado no fue realmente efectiva: el Ministerio Fiscal, que había asumido su defensa, no intervino materialmente en la audiencia y tampoco se facilitó adecuadamente la participación de quien ejercía la guarda de hecho. A nuestro

[3] Véanse, entre otros, María Begoña Acha Barral, "El internamiento de nuestros mayores en los centros geriátricos", Revista CEJUP (2023); María Aurora Caparrós Moreno, "Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos", Revista CEJUP (2025); María Olivia Galán Azofra, "Internamiento forzoso de menores en centros de protección. Análisis del marco legal y jurisprudencia relevante", Revista CEJUP (2025); y Sofía Frieyro Elícegui, "La función del juzgado de guardia en el ámbito de menores", Revista CEJUP, s. f.

[4] 2. *La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), en relación con las garantías aplicables en los supuestos de internamiento urgente no voluntario por motivos de salud mental(…).*
*c) El Tribunal ha reiterado que el incumplimiento de estas garantías legales implica una lesión del derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE (SSTC 104/1990, FJ 1; 141/2012, FJ 1, y 13/2016, FJ 3), con excepción del derecho de la persona afectada a ser informada con carácter inmediato acerca de los motivos que determinan su internamiento, que es una garantía directamente constitucionalizada en el art. 17.3 CE [STC 141/2012, FJ 5 b)]; a que la persona afectada sea puesta a disposición judicial, mediante la comunicación de la adopción de la medida, en un plazo que nunca podría fijarse legalmente como superior a las setenta y dos horas, que es una garantía directamente constitucionalizada en el art. 17.2 CE [SSTC 141/2012, FJ 5 c); 182/2015, FJ 3, y 13/2016, FJ 3], y a la protección dispensada para este internamiento como medida privativa de libertad por el procedimiento de habeas corpus, como derecho constitucionalizado en el art. 17.4 CE [SSTC 104/1990, FJ 3, y 141/2012, FJ 5 c)].*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

modo de ver, la importancia de esta sentencia reside precisamente en trasladar el análisis desde la existencia formal de un defensor a la efectividad de la defensa prestada.

Aplicado esto al funcionamiento de la guardia, la dificultad es evidente. Hay que resolver con rapidez porque existe una persona ya privada de libertad, pero esa misma rapidez no puede impedir que sea asistida de forma efectiva. A nuestro entender, el problema no es escoger entre celeridad y defensa, sino organizar el procedimiento de manera que ambas puedan coexistir.

En cuanto a la prueba médica, su importancia no ofrece duda alguna. Sin diagnóstico y valoración facultativa el juez carecería de la base técnica necesaria para decidir. Pero de nuevo debemos separar funciones: una cosa es determinar clínicamente el trastorno y la conveniencia del ingreso y otra decidir jurídicamente si concurren los presupuestos para mantener a una persona privada de libertad.

Todo lo anterior debe tener reflejo en la resolución. No parece razonable exigir autos innecesariamente extensos, pero sí una explicación suficiente de por qué se mantiene el internamiento. Si la misma fundamentación pudiera utilizarse indistintamente para cualquier paciente, difícilmente podremos saber qué circunstancias concretas han determinado la decisión. Es ahí donde la motivación cumple su verdadera función de garantía.

## VII. LOS ESTÁNDARES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El análisis no estaría completo sin acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El artículo 5.1 e) CEDH permite, bajo determinadas condiciones, la privación de libertad por razón de trastorno mental. Pero esta posibilidad no opera como una autorización general: el Tribunal de Estrasburgo ha ido construyendo una serie de exigencias dirigidas precisamente a evitar internamientos arbitrarios.

El asunto Winterwerp c. Países Bajos continúa siendo la referencia clásica. De esta sentencia pueden extraerse tres exigencias básicas: que exista una constatación médica objetiva del trastorno, que este tenga entidad suficiente para justificar el ingreso y que la privación de libertad no continúe cuando hayan desaparecido las circunstancias que inicialmente la justificaron[5].

Este último aspecto merece especial atención. La situación clínica puede variar, incluso en periodos relativamente breves, y con ella puede desaparecer la razón que justificó el ingreso. De ahí que no podamos trasladar indefinidamente al futuro la valoración realizada en el momento inicial. Lo que fue necesario al acordarse el internamiento puede dejar de serlo posteriormente.

El estándar europeo refuerza también la exigencia de un procedimiento capaz de ofrecer garantías efectivas. La persona afectada debe disponer de una vía real para cuestionar la legalidad de la privación de libertad y

[5] European Court of Human Rights, Winterwerp v. the Netherlands, no. 6301/73, judgment of 24 October 1979.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

obtener una decisión judicial en plazo razonable. En el ámbito de los internamientos urgentes, esta exigencia se proyecta directamente sobre la calidad de la audiencia, la asistencia jurídica y la capacidad del órgano judicial para separarse, cuando proceda, del criterio clínico.

## VIII. CONTROL PERIÓDICO Y GARANTÍA EX POST

La primera ratificación, por tanto, no cierra definitivamente el control jurisdiccional. Mientras el paciente permanezca ingresado contra su voluntad continúa existiendo la afectación del artículo 17 CE. Las revisiones posteriores deben servir precisamente para comprobar si las circunstancias han evolucionado y si sigue siendo imprescindible mantener la medida.

El artículo 763 LEC obliga a los facultativos a informar periódicamente al tribunal y permite que el órgano judicial establezca controles más frecuentes. A nuestro juicio, estos informes no deben concebirse como una mera actualización clínica que se incorpora al expediente, sino como la base para comprobar nuevamente si la privación de libertad sigue siendo necesaria y proporcionada.

En la práctica, la utilidad de esta revisión dependerá nuevamente de su contenido. La mera incorporación periódica de informes médicos no debería producir por sí sola la continuación automática del internamiento. Si la Ley impone una revisión es porque parte de la posibilidad de que la situación haya cambiado y, en consecuencia, también pueda cambiar la decisión judicial.

## IX. VALORACIÓN CRÍTICA DEL MODELO ESPAÑOL Y PROPUESTAS DE MEJORA

Después de analizar el régimen legal y su aplicación, entendemos que las principales dificultades no proceden exclusivamente de la redacción del artículo 763 LEC. Buena parte de ellas aparecen cuando la norma tiene que aplicarse en una guardia real: determinar si existía verdadera urgencia, disponer del tiempo necesario, examinar personalmente al afectado y valorar un informe técnico en una materia en la que el órgano judicial no es especialista. A ello se une el uso inevitable de modelos de resolución y la necesidad de coordinar a distintos profesionales en muy poco tiempo.

En cuanto a las posibles mejoras, no creemos conveniente prescindir del Juzgado de Guardia, porque precisamente su existencia permite que el control judicial sea inmediato. Sí consideramos útil reforzar la formación en esta materia y establecer pautas comunes que ayuden a valorar cuándo concurre verdadera urgencia y qué alternativas pueden existir antes de mantener un ingreso involuntario.

Especial importancia tiene la asistencia jurídica. Después de la STC 56/2026, entendemos que no puede considerarse cumplida esta garantía simplemente porque en las actuaciones figure un ofrecimiento de abogado. Si por su situación el afectado no comprende lo que se le pregunta, habrá que articular una forma efectiva de defensa antes de resolver. De otro modo estaríamos dando por cumplida formalmente una garantía que, en realidad, no ha podido ejercitarse.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Respecto de la motivación, la práctica diaria obliga a trabajar con modelos y no vemos en ello ningún inconveniente. El problema aparece cuando el contenido individual del supuesto no se incorpora al modelo. Bastaría, en muchos casos, con identificar las circunstancias relevantes del paciente, la conclusión médica, lo apreciado durante la audiencia y la razón concreta por la que se entiende necesario continuar el ingreso.

La coordinación entre quienes intervienen tampoco es una cuestión secundaria. El centro sanitario dispone de una información, el médico forense puede aportar otra valoración, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones y la defensa debe poder actuar. Todo ello llega finalmente al Juez, que tiene que decidir dentro de un plazo muy reducido. Si la información es incompleta o llega tarde, necesariamente se resiente la decisión.

Finalmente, una futura reforma del artículo 763 LEC debería aprovecharse para ordenar de forma más clara estas garantías y adaptarlas a la evolución producida en materia de discapacidad y apoyos. Evidentemente una reforma legislativa no va a solucionar por sí misma la saturación de un Juzgado de Guardia, pero sí puede evitar dudas interpretativas y definir con mayor precisión cómo debe desarrollarse el control.

## X. CONCLUSIONES

Del estudio realizado podemos extraer, en primer lugar, que el internamiento no voluntario debe ser tratado jurídicamente como lo que materialmente es: una privación de libertad. Su finalidad terapéutica constituye la razón que puede hacer necesaria la medida, pero no transforma su naturaleza ni rebaja las garantías derivadas del artículo 17 CE.

En segundo lugar, el sistema previsto en el artículo 763 LEC ofrece un cauce judicial suficiente si se aplica con contenido material. La autorización o ratificación no debería convertirse en la simple formalización de lo que previamente ha decidido el centro sanitario. El Juez tiene que asumir la responsabilidad de decidir sobre la libertad del afectado, aunque para ello necesite, lógicamente, apoyarse en el conocimiento técnico de los facultativos.

En tercer lugar, esta función adquiere una especial relevancia cuando interviene el Juzgado de Guardia. En ese momento el internamiento ya se ha producido y el órgano judicial tiene que decidir en un plazo breve si continúa. De ahí la importancia de que pueda conocer directamente al afectado, contar con una defensa efectiva y disponer de una información médica suficiente antes de resolver.

Las dificultades observadas son también, y quizá principalmente, de carácter práctico. La carga de trabajo, la falta de una especialización uniforme y la necesidad de resolver con rapidez condicionan el modo en que se aplica la Ley. Por eso entendemos que la respuesta no debe limitarse a modificar el texto legal; también son necesarias medidas organizativas que permitan al Juzgado desarrollar el control que la propia norma le atribuye.

La STC 56/2026 constituye, en este sentido, una referencia especialmente relevante. Lo importante de esta resolución no es únicamente que recuerde el derecho de defensa, sino que obliga a comprobar si esa defensa

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

ha existido de verdad. En una materia como esta, dejar constancia de un derecho que el afectado no ha podido comprender ni ejercer no puede producir el mismo efecto que una asistencia jurídica materialmente prestada. Como conclusión final, no consideramos que exista una oposición inevitable entre la protección de la salud del paciente y su derecho a la libertad. En muchas ocasiones el internamiento será precisamente la actuación que mejor proteja a la persona. Pero cuando ese ingreso se realiza contra su voluntad, el ordenamiento tiene que asegurar que se adopta y se mantiene únicamente durante el tiempo estrictamente necesario. El Juzgado de Guardia desempeña aquí una función esencial: hacer compatible la urgencia asistencial con un control jurisdiccional efectivo de la privación de libertad.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

ACHA BARRAL, MARÍA BEGOÑA. "El internamiento de nuestros mayores en los centros geriátricos". Revista CEJUP, 2023.

CAPARRÓS MORENO, MARÍA AURORA. "Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos". Revista CEJUP, 2025.

CUADRÓN AMBITE, SUSANA. "La actuación del juez de instrucción en materia de extranjería: el internamiento de extranjeros como medida cautelar y su afectación al derecho a la libertad". Revista CEJUP.

FRIEYRO ELÍCEGUI, SOFÍA. "La función del juzgado de guardia en el ámbito de menores". Revista CEJUP.

GALÁN AZOFRA, MARÍA OLIVIA. "Internamiento forzoso de menores en centros de protección. Análisis del marco legal y jurisprudencia relevante". Revista CEJUP, 2025. BARRIOS FLORES, Luis Fernando, "La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales", Derecho y Salud, vol. 22, núm. 1, 2012. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, "Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal", Anuario de Derecho Civil, t. LXV, núm. 4, 2012. VEGA VEGA, Clara; BAÑÓN GONZÁLEZ, Rafael María; FAJARDO AGUSTÍN, Antonio, "Internamientos psiquiátricos. Aspectos medicolegales", Atención Primaria, vol. 42, núm. 3, 2010. GÍAS GIL, Belén, "Tratamiento ambulatorio involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética», Revista de Bioética y Derecho, núm. 29, 2013.

**Normativa y jurisprudencia citadas**

Constitución Española, art. 17.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 763.

STC 132/2010, de 2 de diciembre.

STC 141/2012, de 2 de julio.

STC 56/2026, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:2026:56).

TEDH, Winterwerp c. Países Bajos, sentencia de 24 de octubre de 1979.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LAS CLAUSULAS ABUSIVAS ENTRE PROFESIONALES DEL DERECHO Y PARTICULARES

*Elena Sánchez Utrilla*

Letrada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Mediadora. Profesora Asociada Departamento Derecho Privado Universidad Carlos III de Madrid (2016-2024)

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Aspectos y regulación de los contratos de prestación de servicios jurídicos: 1. Aspectos y regulación general. 2. Aspectos y regulación específicos. III. Fundamentos para la aplicación de la normativa de protección de consumidores a los contratos realizados por profesionales del Derecho. IV. El control las cláusulas abusivas en los contratos de prestación de servicios jurídicos y sus efectos. V. Condiciones generales de la contratación en la prestación de servicios jurídicos: 1. Breve referencia a las condiciones generales de la contratación en la prestación de servicios jurídicos. 2. Las principales cláusulas abusivas detectadas en contratos de prestación de servicios jurídicos realizados por diferentes tipos de profesionales: a) Abogados. b) Procuradores. c) Administradores de fincas. d) Gestores Administrativos. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende hacer un análisis de las cláusulas y/o prácticas abusivas más frecuentes existentes en los contratos suscritos por profesionales del Derecho y sus clientes o usuarios particulares (lo que excluiría en todo caso, a los clientes y usuarios que no reunieran esta condición) observando no sólo la prestación de servicios jurídicos de carácter absolutamente privado, como sería el caso de Abogados, Procuradores, Gestores Administrativos o Administradores de Fincas, sino también la relacionada con los supuestos en que algunos de estos profesionales, Abogados y Procuradores, actúan por designación de oficio, prestando sus servicios jurídicos a beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita[1].

La trascendencia de conocer dichas cláusulas y prácticas abusivas resulta fundamental, en primer lugar, para los prestadores de servicios jurídicos, pues del mismo modo que aplican la normativa de consumo a la resolución de muchos de los casos y tareas que les son encomendados, deben también tenerla en cuenta a la hora de formalizar los encargos profesionales con sus clientes y usuarios, especialmente, cuando estos reúnen la condición de consumidores. En segundo lugar, resulta igualmente importante para los clientes y usuarios de servicios jurídicos saber que, incluso en sus relaciones contractuales con profesionales del Derecho (a los

[1] La designación de oficio a estos profesionales se realiza por los respectivos Colegios de Abogados en el marco de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita desarrollada por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que contratan para la defensa legal de sus intereses) pueden exigir la aplicación de la normativa de protección de consumidores.

## II. ASPECTOS GENERALES Y REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

### 1. Con carácter general

Con carácter general, el contrato de los servicios jurídicos prestados por profesionales del Derecho constituye una modalidad específica del contrato de arrendamiento de servicios regulado en los artículos 1542 y 1544 del Código Civil (CC)[2], aunque, para algunos profesionales del Derecho, como abogados, procuradores, gestores administrativos o administradores de fincas, contenga también, en diferentes grados de relevancia, dependiendo del colectivo, elementos del contrato de mandato (art. 1709 CC), debido a las facultades de representación que se atribuyen o pueden atribuirse a dichos profesionales[3].

El objeto esencial de los contratos de servicios jurídicos es la prestación adecuada y diligente de una actividad de tipo jurídico/legal que el profesional del Derecho realiza a favor de sus clientes particulares, a cambio de una contraprestación, que, en todo caso, supone una obligación de medios, y no de resultados, tal como viene siendo reconocido de forma unánime por la doctrina jurisprudencial[4].

Una vez expuesta la concepción y regulación general de los contratos objeto de análisis, a fin de completar su configuración legal, resulta necesario hacer expresa mención de la normativa profesional que delimita, para cada colectivo de profesionales, las obligaciones propias y específicas de la actividad desarrollada en la prestación de servicios jurídicos de su competencia.

### 2. Aspectos y regulación específicos

Partiendo de la configuración general de este tipo de contratos, en la prestación de servicios jurídicos, nos encontramos con una característica especial respecto de otro tipo de servicios, que es la necesidad de colegiación obligatoria en la práctica totalidad de estos profesionales. Esta circunstancia conlleva al sometimiento de dichos profesionales tanto a la normativa general de colegios profesionales[5] como a la normativa corporativa propia que les resulte de aplicación, lo que incide en que, sin necesidad de recurrir a la legislación en materia de protección de consumidores, exista un control del ejercicio profesional a través de

[2] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
[3] SSTS 3 noviembre 1993, 30 enero 1997, 8 octubre 2001, 24 octubre 2002, 23 mayo 2006, 7 marzo 2007, 23 diciembre 2010 y 20 mayo 2014.
[4] La SAP de A Coruña de 29 de abril de 2020.
[5] Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales «BOE» núm. 40, de 15/02/1974.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

las obligaciones deontológicas y los canales de reclamación a disposición de los clientes y usuarios de estos servicios por parte de los mencionados colegios.

Así, en el caso de los servicios jurídicos prestados por *abogados*, la relevancia de la actividad sobre la que recae que es, el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española (CE)[6], conlleva una extensa regulación legal del ejercicio profesional y de la interacción abogado-cliente, con numerosas obligaciones deontológicas. Entre las normas más importantes que dotan de contenido al contrato de arrendamiento de servicios y/o mandato suscrito por estos profesionales para el ejercicio de sus funciones, se debe señalar el Código Deontológico de la Abogacía Española[7], el Estatuto General de la Abogacía Española[8], la Ley de Colegios Profesionales[9], la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea, el Código Deontológico de los Abogados Europeos y la Ley del Derecho a la Defensa[10].

En el caso de los servicios prestados por *procuradores de los tribunales*, como representantes procesales de las partes, cuya actuación deviene obligatoria con carácter general[11], para el ejercicio del derecho de defensa ante los tribunales de justicia, se observan una serie de particularidades en los contratos que suscriben con sus clientes.

De la suscripción de dichos contratos se derivan las importantes facultades de representación que ostentan y que, en todo caso, deben ser documentadas en los consiguientes negocios jurídicos de apoderamiento[12]. Del mismo modo, también se deriva de dichos contratos el sistema arancelario establecido legalmente para el cobro de sus servicios (el cual ha sido recientemente modificado). La normativa principal que regula las relaciones profesionales de los procuradores con sus clientes se encuentra en el Real Decreto por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura[13] y el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España[14].

[6] Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
[7] Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
[8] Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.
[9] Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.
[10] Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.
[11] Artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la intervención de procurador en los procedimientos judiciales, determinando cuando es preceptiva y cuando, no.
[12] Poder general o especial para pleitos o apoderamiento apud acta ante el Letrado de la Administración de Justicia, bien en sede judicial o bien de forma electrónica. Respecto a este último (Ley 42/2015 de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
[13] Real Decreto 434/2024, de 30 de abril «BOE» núm. 106, de 01/05/2024
[14] Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre «BOE» núm. 305, de 21/12/2002

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Además, *abogados y procuradores de los tribunales pueden actuar, por designación del Turno de Oficio,* ante los Tribunales de Justicia, en defensa y postulación de litigantes que carecen de recursos económicos. Todo ello dentro del marco establecido por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y su Reglamento de desarrollo[15].

En el caso de los *administradores de fincas*, como profesionales que se encargan de la gestión de las comunidades de propietarios, los contratos que suscriben con sus clientes, las comunidades de propietarios, suponen una combinación de facultades y derechos propios del contrato de arrendamiento de servicios y del contrato de mandato que, doctrinalmente, ha estado unas veces más cercano al arrendamiento de servicios y otras al mandato, siendo prácticamente unánime actualmente, la posición doctrinal y jurisprudencial que aproxima estos contratos a la esfera del mandato representativo retribuido[16].

Las funciones de los administradores de fincas aparecen detalladas en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal[17]. Pese a la importancia de la figura del administrador de fincas en el funcionamiento de las comunidades de propietarios - que no podemos obviar constituye una de las formas más importantes de organización de la propiedad inmobiliaria - existen serias dudas acerca de la obligatoriedad de colegiación de este colectivo profesional. La regulación de la función del administrador de fincas se encuentra, fundamentalmente, en los Estatutos del Colegio Nacional Sindical de Administradores de Fincas y en la Ley por el derecho a la vivienda (disposición adicional sexta)[18].

Por último, y a diferencia de los administradores de fincas, los servicios profesionales de los *gestores administrativos* (que actúan como intermediarios con las administraciones públicas, realizando trámites, asesorando y gestionando obligaciones de diversa índole) suelen ser requeridos mayoritariamente por

[15] Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita desarrollada por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

[16] SAP Madrid de 2 enero 2006 (J 2006/7186), SAP Málaga de 12 julio 2005 (J 2005/168805), SAP Baleares de 29 septiembre 2005 (J 2005/162302), SAP Madrid de 20 junio 2005 (J 2005/132948), SAP Cádiz de 30 mayo 2005 (J 2005/122836), SAP Cáceres de 7 junio 2004 (J 2004/68357), STS Sala 1ª de 3 marzo 1998 (J 1998/1394), SAP Sevilla de 25 octubre 1997 (J 1997/9461), STS Sala 1ª de 9 febrero 1996 (J 1996/297), STS Sala 4ª de 21 enero 1985 (J 1985/383.

[17] Artículo 20 LPH: *1. Corresponde al administrador:*
*a) Velar por el buen régimen de la casa, sus instalaciones y servicios, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.*
*b) Preparar con la debida antelación y someter a la Junta el plan de gastos previsibles, proponiendo los medios necesarios para hacer frente a los mismos.*
*c) Atender a la conservación y entretenimiento de la casa, disponiendo las reparaciones y medidas que resulten urgentes, dando inmediata cuenta de ellas al presidente o, en su caso, a los propietarios.*
*d) Ejecutar los acuerdos adoptados en materia de obras y efectuar los pagos y realizar los cobros que sean procedentes.*
*e) Actuar, en su caso, como secretario de la Junta y custodiar a disposición de los titulares la documentación de la comunidad.*
*f) Todas las demás atribuciones que se confieran por la Junta.*

[18] Disposición Adicional Sexta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda regula las condiciones que deben tener los administradores de fincas, excluyendo definitivamente la colegiación.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

empresas, pymes y autónomos, de tal manera que en el presente artículo sólo nos vamos a referir a los casos en los que los gestores administrativos son contratados por particulares.

Por la responsabilidad y especialidad de la materia sobre la que recaen los servicios que prestan, están sujetos a colegiación obligatoria, encontrándose la regulación del ejercicio de esta profesión, tanto en el Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo[19], como en las Disposiciones Reglamentarias para el Ejercicio de la Profesión de Gestor Administrativo, y la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio [20].

Como se puede observar de todo lo anteriormente expuesto, sin necesidad de aplicar la normativa de consumo, las reclamaciones a los profesionales del Derecho ya podían ser realizadas por mediación de varios cauces habilitados al respecto, bien a través los respectivos órganos corporativos, bien a través del ejercicio ante los Tribunales de Justicia de las correspondientes demandas por responsabilidad civil profesional, siendo un dato importante en este sentido la existencia de pólizas que los colegios profesionales contratan para responder frente a los clientes de las infracciones de la *lex artis* cometidas por los colegiados.

## III. FUNDAMENTO LEGAL PARA LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES A LOS CONTRATOS REALIZADOS POR PROFESIONALES DEL DERECHO

La aplicación del Derecho de Consumo a los contratos de servicios jurídicos permite, en palabras de CRESPO MORA[21] abrir *un nuevo capítulo en el proceso de exigencia de responsabilidad a los profesionales del Derecho: la aplicación de la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios a la deficiente prestación de servicios jurídicos.*

En este sentido, se habilita para el consumidor o usuario una tercera vía de reclamación frente a los prestadores de servicios jurídicos, tanto para acudir a los organismos públicos de protección del consumidor[22] como para exigir la revisión judicial de las cláusulas contractuales a la luz de la normativa de protección de consumidores, con la posibilidad de solicitar la nulidad de aquellas que resulten no transparentes o abusivas. Tal como ha señalado RIBÓN SEISDEDOS[23] *tan solo quien cumpla las cualidades establecidas como consumidor o usuario podrá invocar con éxito la normativa privilegiada consumerista, instar la nulidad de una cláusula*

[19] Decreto 424/1963, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo «BOE» núm. 58, de 08/03/1963

[20] Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio «BOE» núm. 283, de 24/11/2009

[21] L a protección del consumidor de servicios jurídicos. M.ª del Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil . Vol. VIII nº 1 (enero-marzo, 2021)

[22] La OMIC (Oficina Municipal de Información al Consumidor) es un organismo dependiente de los ayuntamientos que tiene como objetivo principal informar, orientar y proteger a los consumidores y usuarios en el ámbito local.

[23] Protección de las comunidades de propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado. Eugenio Ribón Seisdedos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*abusiva por desequilibrio, acceder al arbitraje institucional de consumo como forma alternativa de resolución de conflictos o acogerse a los beneficios procesales dispensados a favor de los consumidores, sostener la aplicación de determinados plazos más generosos para el ejercicio de acciones en su favor (garantías) o rigurosos en su contra (compraventa civil – mercantil – arts. 1967.4 CC; art. 326.1 CCom -). Es, la importancia de llamarse consumidor*.

En el presente análisis, dentro de la amplia legislación en materia de Derecho de Consumo aplicable en España, tanto nacional como autonómica o europea, vamos a referirnos a 3 normas fundamentales:

1. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 [24], en adelante Directiva 93/13.
2. 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 [25]en adelante, TRLGDCU.
3. Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación,[26]en adelante, LCGC.

Así, en la propia regulación de las mencionadas normas, encontramos el fundamento legal para considerar que el *prestador de servicios jurídicos*, es decir, el profesional o sujeto activo de esta relación, se encuentra incluido en el ámbito de aplicación tanto de la Directiva 93/13[27] como por del TRLGDCU,[28] estableciendo esta última en su artículo 4, que se considera empresario o profesional a *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

El concepto de empresario o profesional en la normativa de consumo, como se puede observar, atiende tanto a personas físicas como jurídicas, en el marco de una actividad profesional, que puede ser privada o pública, es decir, en este último caso, podemos encontrarnos, siguiendo a VERDÚN PÉREZ[29], también con actividades de interés general o regidas por el Derecho público, entendiendo de este modo que cualquier contrato que pudiera realizar un consumidor con un organismo público entraría dentro del ámbito de la Directiva 93/13, con exclusión del contenido que refleje disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo. De este modo, la naturaleza de los servicios prestados no influye en la consideración como profesional del prestador de los servicios, lo cual resulta de especial relevancia para el objeto del presente estudio en el que algunos de

[24] Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993.
[25] 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 «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.
[26] Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación «BOE» núm. 89, de 14/04/1998.
[27] Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 DOCE» núm. 95, de 21 de abril de 1993, páginas 29 a 34.
[28] 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 «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.
[29] Análisis y Síntesis de la Jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Depósito legal: M-19643-2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los profesionales del Derecho objeto de análisis (abogados o procuradores) pueden desempeñan una actividad pública en la prestación de servicios jurídicos a clientes particulares que les son designados de oficio.

De la misma manera, *el cliente o usuario* de los profesionales del Derecho, también está incluido dentro del ámbito de aplicación subjetivo establecido en el artículo 3 del TRLGDCU[30], al referirse como consumidor a *toda persona física o entidades sin personalidad jurídica que actúen con un propósito ajeno a su actividad*.

La delimitación del concepto de consumidor presenta mayores dificultades cuando éstos suscriben contratos con una doble finalidad, personal y empresarial, exigiéndose para apreciar la condición de consumidor, en estos casos, que la finalidad empresarial no sea predominante en el contexto global del contrato. En este sentido, tal como señala VERDÚN PÉREZ[31], el concepto de consumidor previsto en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13 ha de ser interpretado de forma amplia y no restrictiva. Como consecuencia de dicha interpretación y del enfoque del legislador de la Unión en otras normas del ámbito de la protección de consumidores (Directivas 2011/83 y 2013/11 y el Reglamento 524/2013) en los contratos de doble finalidad el contratante será considerado consumidor a los efectos del artículo 2.b) de la Directiva 93/13 cuando la finalidad profesional no predomine en el contexto global del contrato.

Conforme a lo anterior, la normativa de protección del consumidor se aplica a la actividad de prestación de servicios jurídicos cuando el consumidor sea una persona física ajena a toda actividad profesional o empresarial incluyendo, como señalan ALONSO Y CALDUCH, los entes sin personalidad jurídica y las personas jurídicas sin ánimo de lucro o los profesionales actuando en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

De este modo, tanto el concepto de consumidor como el de profesional o empresario deben ser interpretados en un sentido amplio obedeciendo, según señala VERDÚN PÉREZ, a un concepto funcional que parte de la apreciación de si la relación contractual forma parte de la actividad que se ejerce como profesional.[32]

Por su parte, la jurisprudencia, tanto nacional como europea, ha venido considerando la aplicación de la normativa de consumo a los profesionales del Derecho, y, en concreto, al colectivo de abogados, tal como estableció la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 15 de enero de 2.015 señalando que *los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les*

30 Art. 3 RDL 1/2007 de 16 de noviembre «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

31 Análisis y Síntesis de la Jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Depósito legal: M-19643-2024.

32 Análisis y Síntesis de la Jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Depósito legal: M-19643-2024.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*prestan*, concluyendo el Tribunal que el abogado que presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona que interviene con fines privados es un profesional en el sentido de la Directiva 93/13 reguladora de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios[33]. En el mismo sentido, se han manifestado las STS de 24 de 24 de febrero 2020 y su predecesora de 8 de abril de 2011.

## IV. EL CONTROL LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS Y SUS EFECTOS

Una vez determinada la aplicación del Derecho de Consumo a las relaciones de servicios jurídicos, con carácter previo al análisis de las cláusulas que pueden ser objeto de CONTROL DE ABUSIVIDAD, debemos tener en cuenta las exclusiones legislativas a dicho control, las cuales se indican a continuación:

1. *Cláusulas que han sido negociadas individualmente* (artículo 3.1 de la Directiva 93/13). Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente *cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*. (Artículo 3.2 de la mencionada Directiva).
2. *Cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias* (artículo 1.2 de la Directiva 93/13).
3. *Las que se refieran al objeto principal del contrato* o *a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios recibidos en contraprestación* (artículo 4.2 Directiva 93/13).

Aún respecto de las cláusulas que han sido *excluidas* de *control de abusividad*, por la Directiva 93/13, podrían ser objeto de análisis a efectos de abusividad en el caso de que no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible (control de transparencia formal y material), si, por el contrario, las cláusulas superan el control de transparencia, entonces no se podrá entrar a valorar, en modo alguno, su abusividad (artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13). El resto de las cláusulas no excluidas expresamente del juicio de abusividad, podrán ser analizadas directamente a estos efectos.

Las cláusulas abusivas, a tenor de lo dispuesto en el art. 83 TRLGDCU, se consideran nulas y se tienen por no puestas. Conforme a lo determinado por el mencionado precepto, el efecto de la abusividad es la nulidad de pleno derecho y retirada del contrato de la cláusula afecta por dicha consideración. La declaración de nulidad de las cláusulas abusivas no necesita ser solicitada judicialmente por el consumidor, a quien evidentemente beneficia, y siempre debe ser apreciada, ipso iure por el órgano judicial, de oficio[34].

[33] La protección del consumidor de servicios jurídicos. Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil. V. VIII, número 1, (enero-marzo 2021) ISSN 2341-2216. Pág. 93-145.

[34] La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos M.ª Teresa Alonso Pérez y Manuel Calduch Gargallo. Revista de Derecho Privado 1/2020 ISSN: 0034-7922 Páginas: 18 (3 - 20).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La Directiva 93/13 (Artículo 6) establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor siempre que el contrato - en el que se encuentran insertadas - pueda subsistir sin la mencionada cláusula, no permitiéndose, en ningún caso, la facultad integradora del órgano judicial respecto de dichas cláusulas, facultad expresamente prohibida por la jurisprudencia europea[35], a fin de fomentar el efecto disuasorio del empleo de cláusulas abusivas en los contratos suscritos por profesionales y empresarios.

## V. PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

### 1. Breve referencia a las condiciones generales de la contratación en la prestación de servicios jurídicos

En la contratación de servicios jurídicos, tal como señala CRESPO MORA[36], tradicionalmente, no ha sido frecuente la utilización de condiciones generales pre-redactadas por el profesional o despacho en los contratos de servicios jurídicos, con la intención de ser aplicados a una pluralidad de clientes en el sentido establecido por la LCGC, sin embargo, es cierto, que en los últimos años han surgido despachos que sí utilizan estos sistemas de contratación., precisamente, vinculados a servicios legales muy concretos, que, curiosamente, suelen recaer sobre reclamaciones en masa de consumidores, esencialmente iguales entre ellas.

En este tipo de contratos sí que resultaría aplicable, se hayan realizado o no con consumidores, el doble control de transparencia material y formal previsto en la mencionada LCGC, de tal manera que cuando las condiciones contractuales no superen alguno de estos dos filtros, se considerarán no incorporadas y nulas de pleno derecho (artículos 7 y 8 LCGC). Del mismo modo se considerarán nulas las condiciones que resulten abusivas, aunque hayan superado el doble control de transparencia, siempre que el contrato se haya realizado con un cliente consumidor (artículo 8 LCGC).

### 2. Las principales cláusulas abusivas detectadas en contratos de prestación de servicios jurídicos realizados por diferentes tipos de profesionales

#### *a) Abogados*

En la identificación y declaración de abusividad de las concretas cláusulas existentes en los contratos suscritos con profesionales del Derecho, existen numerosos pronunciamientos, tanto del TJUE como de nuestro TS, referidos a contratos de servicios que los abogados prestan a sus clientes, los cuales, en muchos casos, sirven

[35] STJUE de 14 de junio de 2.012, caso Banesto.

[36] L a protección del consumidor de servicios jurídicos. M.ª del Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil . Vol. VIII nº 1 (enero-marzo, 2021).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de referencia para el análisis de los contratos y prácticas que realizan otros profesionales del Derecho con sus clientes.

Así, han sido declaradas abusivas las siguientes clausulas en los contratos de prestación de servicios de abogados:

- En relación con los honorarios profesionales

*En caso de ausencia de formalización de la hoja de encargo profesional por escrito y su incidencia en la liquidación de honorarios del letrado:*

Aunque resulte paradójico, constituye una práctica ciertamente habitual, en general para todos los profesionales del Derecho, y en particular para los abogados, dada la relación de confianza existente entre el profesional y el cliente[37], que los contratos de prestación de servicios profesionales no se formalicen por escrito, no cuenten con la necesaria información precontractual y no contengan una estimación del precio final o bases para su establecimiento.

Esta práctica obedece en gran medida, a la dificultad intrínseca que supone la fijación del precio de los servicios jurídicos que no puede ser precisado por el profesional *a prori* por desconocer, exactamente, cuál será la extensión del servicio que deberá prestar, pues determinarlo requiere de un trabajo previo de estudio y análisis, tras el cual, el abogado podrá trazar un plan o estrategia de actuación cuyo devenir también resulta incierto debido a que la resolución de problemas legales supone la interacción con instancias administrativas, judiciales o negociaciones con terceros, tal como han manifestado ALONSO PÉREZ Y CALDUCH GARGALLO[38].

Esta práctica ha sido objeto de interpretación jurisprudencial, considerando el Tribunal Supremo en la ya mencionada STS de 24 de febrero de 2020 que la ausencia de contrato escrito no impide la aplicación de la normativa de consumo.

Del mismo modo, en apoyo de la aplicación de la normativa de consumo a los contratos verbales, se sitúan los artículos 2 y 59 párrafos 1 y 2 TRLGDCU, para los contratos que cumplan los requisitos del artículo 1261 CC. Considerando que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato por escrito y, en este último caso, independientemente de que los términos de dicho contrato figuren en uno o varios documentos.

[37] La protección del consumidor de servicios jurídicos. M.ª del Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil . Vol. VIII nº 1 (enero-marzo, 2021).

[38] ALONSO PÉREZ, María Teresa, en "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios", Indret, 3/2012, página 23 y ss. y La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos. M.ª Teresa Alonso Pérez Y Manuel Calduch Gargallo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Para comenzar con el análisis de esta práctica y su incidencia en la fijación del precio, debemos considerar que, por tratarse de un elemento esencial del contrato, como ya se expuso con anterioridad, el precio está excluido de control de abusividad, por ello, aunque, evidentemente, dicha práctica, incurre en falta de transparencia formal y material, tal como ha señalado la recientísima STS de 9 de diciembre de 2025[39] - relativa a la prestación de servicios de un abogado - esta falta de transparencia no provoca por sí misma la nulidad, pues si las condiciones del contrato, aunque no sean transparentes no generan un desequilibrio importante y contrario a la buena fe, los honorarios pueden resultar válidos pese a no haber sido fijados por escrito.

Por su parte, las SAP de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de noviembre de 2015 y SAP Alacant/Alicante de 26 de febrero de 2015, refiriéndose a supuestos de honorarios no documentados por escrito que resultan desproporcionados, declaran los mismos abusivos, en el primer caso, por omisión del deber de información precontractual, al amparo de los artículos 60 y 65 TRLGDCU, y en el segundo, en aplicación del art. 82 TRLGDCU[40].

Así, cuando los honorarios profesionales son declarados abusivos, los tribunales de justicia, para integrar el precio del contrato, han optado principalmente por el dictamen pericial o el informe de los colegios de abogados y ello por aplicación del artículo 65 del TRLGDCU, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales que la declaración de nulidad de produciría tanto para el consumidor como para el profesional[41].

*En caso de existencia de hoja de encargo profesional con fijación de honorarios desproporcionados:*

Este supuesto contempla dos posibles situaciones. Una primera, cuando la cláusula que fija el precio en la hoja de encargo profesional es transparente, de tal manera que, por tratarse de un elemento esencial del contrato, se debe entender que el cliente ha prestado su consentimiento individualizado al mismo. Y una segunda, cuando la cláusula no fuera transparente, donde cabría declarar su nulidad de pleno derecho y el establecimiento del importe de los honorarios en función de los servicios prestados[42].

*En caso de existencia de hoja de encargo profesional con fijación del importe de los honorarios por remisión a la normativa de los Ilustres Colegios de Abogados:*

[39] STS de 9 de diciembre de 2025 Número Sentencia: 1803/2025 Número Recurso: 5950/2023.
[40] 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 «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.
[41] La protección del consumidor de servicios jurídicos. Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil. V. VIII, número 1, (enero-marzo 2021) ISSN 2341-2216 Pág. 93-145.
[42] La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos. M.ª Teresa Alonso Pérez Y Manuel Calduch Gargallo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2022[43], determinó, en relación a un contrato de servicios profesionales de un letrado, que la cláusula que se remite al baremo de un colegio profesional y que no fue mencionada en la oferta comercial ni en la información previa a la celebración del contrato, debe calificarse una omisión engañosa, en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, extremo que corresponde comprobar al juez nacional.

- En relación con la penalización del desistimiento del cliente con el cobro íntegro de los honorarios

En estos supuestos, evidentemente, es necesario que exista una hoja de encargo profesional, y que la misma establezca alguna penalización para el desistimiento del cliente respecto de los servicios prestados. En tanto en cuanto estas cláusulas suponen un evidente perjuicio para el cliente, se presume que no han sido negociadas individualmente sino impuestas por el profesional (en caso contrario, tendrá que ser el profesional quien pruebe que la cláusula ha sido negociada individualmente)[44] y en ese sentido pueden ser declaradas abusivas por aplicación del art. 87.6 TRLGDCU[45].

Estas cláusulas también podrían declararse nulas por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 62.3 TRLGDCU que prohíbe en los contratos de prestación de servicios las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato. En este sentido se han manifestado CÁMARA PUENTE, CRESPO MORA Y ALONSO PÉREZ Y CALDUCH GARGALLO[46].

- En relación con las exenciones de responsabilidad por las actuaciones letradas

La declaración unilateral, redactada por el abogado y firmada por la clienta, en la que esta última manifiesta que renuncia a las acciones de responsabilidad que pudieran derivarse de que la reclamación judicial que le

[43] STJUE (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022 En el asunto C-335/21.

[44] Artículo 82.2 TRLGDCU: El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

[45] Artículo 87.6 TRLGDCU: Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

[46] La protección del consumidor de servicios jurídicos. M.ª del Carmen Crespo Mora. Revista de Derecho Civil . Vol. VIII nº 1 (enero-marzo, 2021). La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos. M.ª Teresa Alonso Pérez Y Manuel Calduch Gargallo. Comentario al artículo 62 TRLGDCU Comentario a las normas de protección de consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Colex, 2011, pág. 539 Cámara Puente, Sergio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

había sido encomendada es abusiva. Así se declaró por la STS de 6 de abril de 2021[47], estableciendo que esta renuncia, mientras no constituya la contraprestación de una transacción, debe considerarse abusiva al incurrir en dos de las cláusulas declaradas por la ley como abusivas. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional y la imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor. (Arts. 86.1 y 7 del TRLGDCU).

### *b) Procuradores*

En relación con los procuradores, resulta aplicable toda la doctrina expuesta para abogados, que son el colectivo de referencia en cualquier análisis de contratos de servicios jurídicos. En este sentido, al igual que sucede con los abogados, en los contratos realizados por profesionales de la procura con sus clientes hay cláusulas relacionadas con las funciones de los servicios jurídicos prestados (representación, responsabilidades, etc.) de gran complejidad para un consumidor medio, debiendo señalar la tradicional diferencia que existe en materia de cobro de los servicios profesionales entre abogados y procuradores. Estas diferencias en los sistemas de cobro de ambos profesionales, dadas las últimas reformas legales que se exponen a continuación, resultan ser menos acusadas.

Así desde la entrada en vigor del Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura, tal como se establece en el párrafo 3 del artículo 1, el procurador y su cliente gozan de libertad para pactar la retribución de los servicios profesionales prestados siempre en una cantidad inferior a lo previsto en el arancel. Esto significa que dentro del límite máximo fijado por el arancel[48] los procuradores pueden negociar sus honorarios con los clientes, surgiendo en función de este ámbito de libertad de determinación unas prácticas o cláusulas abusivas parecidas a las que ya hemos expuesto en relación a los abogados, siguiendo a FIERRO RODRÍGUEZ[49], la adecuada transmisión de información por parte del procurador puede ser objeto de cuestionamiento y el control de transparencia también supone una preocupación importante en la evaluación de la validez de las cláusulas contractuales.

---

47 TS, Sala Primera, de lo Civil, 192/2021, de 6 de abril. Recurso 1553/2018.

48 El Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales, queda modificado como sigue:
Uno. Se añade un párrafo segundo en el artículo 1 con la siguiente redacción: "Dicho arancel tendrá carácter de máximo, quedando prohibida la fijación de límites mínimos para las cantidades devengadas en relación con las distintas actuaciones profesionales y sobre la cuantía global que no podrá exceder de 75.000 €".

49 La libertad de pactos sobre el arancel de la Procura y el control de abusividad. Diego Fierro Rodríguez. Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Penal nº 12 de Málaga.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### *c) Administradores de fincas*

Resulta importante aclarar que, aunque el contrato entre los administradores de fincas y sus clientes, no se realice entre el profesional y una persona física, las comunidades de propietarios (que son los clientes de estos profesionales) se consideran entes sin personalidad que gozan de la condición de consumidores, tal como ha sido reconocido por el TJUE en Sentencia de 2 de abril de 2020 [50]o la Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2015[51], según las cuales, sin lugar a dudas, las comunidades de propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios como destinatarias finales. Este reconocimiento de la condición de consumidores, en relación con las comunidades de propietarios determina la procedencia de realizar el análisis por los tribunales acerca de las cláusulas abusivas que existan en los contratos que suscriben dichas entidades.

Sentado lo anterior, a continuación, procede reseñar las cláusulas que habitualmente se someten a análisis en materia de abusividad en contratos de servicios profesionales realizados por los administradores de fincas con sus clientes:

- Las cláusulas de sometimiento a arbitraje

Vienen siendo impuestas por los administradores, han sido declaradas abusivas, tal como han manifestado la STSJ Madrid de 17 de noviembre de 2015[52] y STSJ Madrid de 14 de noviembre de 2018[53].

Se trata de una cláusula de adhesión, introducida por el administrador en el contrato, para someter a arbitraje de una entidad, las controversias surgidas en el desarrollo del contrato de servicios profesionales prestados a la comunidad de propietarios.

En este caso, razona la STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2015, *que si una de las partes tuviera la cualidad de consumidor - como es el caso de las comunidades de propietarios - y la otra fuera un profesional, sería abusiva la cláusula arbitral, por ministerio de la Ley - dado el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos a los consumidores (artículo 10 LGDCU) -, en aplicación del artículo 90.1 LGDCU*, que considera abusivas las cláusulas de sumisión a cualquier arbitraje que no sea de consumo o institucional creado para un sector específico, y ello sin necesidad de que se trate de una cláusula de adhesión. Si bien es cierto que, tratándose de una cláusula

[50] Número de sentencia C-329/19, referente a un condominio, sito en Milán (Italia), representado por su administrador, que celebró un contrato para el suministro de energía térmica cuya cláusula contenida en el artículo 6.3 prevé que, en caso de demora en el pago, el deudor deberá pagar «intereses de demora al 9,25 % a partir del vencimiento del plazo de pago del saldo».

[51] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº 83/2015 de 17/11/2015. Sala de lo Civil y Penal de Madrid.

[52] STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 83/2015, de 17 de noviembre.

[53] STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 41/2018, de 14 de noviembre.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de adhesión, podría también someterse a análisis de transparencia, aunque el adherente fuera un profesional o empresario (artículo 3 LCGC).

En todo caso, para que ese pacto de arbitraje distinto del de consumo fuera válido y no conculcara las normas de protección de los derechos de consumidores, tendría que ser negociado individualmente y/o consentido expresamente y no entrañar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, tal como se deduce del artículo 82.1 LGDCU.

- Las cláusulas establecidas en contratos de tracto sucesivo, que imponen una duración excesiva del contrato de administración de fincas - estableciendo un sistema de prórrogas automáticas que dificulta la *desligación* del mismo - para la comunidad de propietarios o unos plazos de preaviso excesivamente amplios

Estas cláusulas imponen dificultades para que las comunidades puedan desvincularse de sus servicios, salvo que se efectúe el desistimiento en un plazo determinado y bajo unas exigencias muy concretas, generando importantes indemnizaciones a favor la administración en caso de no llevarse a cabo de este modo. Estas cláusulas son claramente contrarias a lo dispuesto en el artículo 13. 7 de la LPH, que establece que los órganos de gobierno tendrán una duración de un año, salvo previsión estatutaria en contra así se ha manifestado la SAP Madrid de 17 de marzo de 2022.[54] También la SAP de Madrid de 13 de abril de 2018[55] que aplica a los contratos suscritos con los administradores de fincas la doctrina ya consolidada en materia de abusividad de este tipo de cláusulas en contratos de mantenimiento de ascensores realizados con las comunidades de propietarios[56].

La reciente STS de 27 de noviembre de 2025[57] realiza el juicio de abusividad de las cláusulas penales en contratos celebrados por consumidores, aplicando los artículos 62.3 y 87.6 TRLGDCU, que tipifican como conductas prohibidas, entre otras, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de cláusulas penales y, de manera muy señalada, la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Como señala la mencionada SAP Madrid de 17 de marzo de 2022, la protección de consumidores en esta materia, supone una limitación a la autonomía de la voluntad en este sector de la contratación, al excluir la validez de los plazos de duración excesiva de los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado celebrados con consumidores, "en coherencia" con la Directiva

[54] AP Madrid, Sec. 9.ª, 150/2022, de 17 de marzo. Recurso 912/2021.
[55] SAP de Madrid, Sección 25ª, de 13 de abril de 2018.
[56] Protección de las comunidades de propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado. Eugenio Ribón Siesdedos.
[57] Sentencia nº 1732/2025 de la Sala 1 del TS. CASACIÓN núm.: 6042/2020.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

sobre prácticas comerciales desleales y sin necesidad de que el plazo excesivo se contenga en una condición general."

Respecto a los plazos excesivamente amplios de preaviso establecidos para ejercitar desistimiento de los contratos firmados por las comunidades con administradores de fincas, la SAP Burgos de 30 de junio de 2017[58] dictada en el caso de un contrato de servicios de administración de fincas, estableció que *la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios objeto de autos en cuanto exige un preaviso de noventa días de antelación para dar por vencido el contrato es claramente abusiva conforme al artículo 85.2 y 87.6 TRLGDCU.*

- Las cláusulas de penalización desproporcionada por desistimiento anticipado

Dicha cláusula ha sido considerada abusiva, y en consecuencia, nula, por la mencionada SAP Madrid de 17 de marzo de 2022 en aplicación del artículo 87.6 del Texto Refundido citado, según el cual, es abusiva la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados. Estas cláusulas además suponen una absoluta falta de reciprocidad, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 87 TRLGDCU, al no estar prevista la circunstancia inversa, es decir, la indemnización a la comunidad por el cese anticipado a instancias del administrador, lo cual también permite considerarla abusiva.

- Las cláusulas que prevén el pago de una cantidad en concepto de retribución por el traspaso de la documentación al nuevo administrador designado por la comunidad

En algunos contratos, se prevé, además, el pago de una cantidad económica, por preparar la documentación y entregarla al nuevo administrador. Puesto que la documentación es propiedad exclusiva de la comunidad de propietarios, el administrador tiene la obligación legal de devolverla íntegra y sin coste adicional al cesar en su cargo.

La SAP de Burgos de 30 de Junio de 2017[59] considera que *aún en el supuesto de que la remoción del cargo de administrador no estuviese fundada en causa justificada, la cláusula penal prevista en el contrato es claramente abusiva conforme al artículo 87.6 del texto Refundido en cuanto fija una indemnización por resolución injustificada del contrato por importe de doce mensualidades, más los gastos derivados de tal incumplimiento. Por otra parte, no se han acreditado daños y perjuicios reales y efectivos, y como muy bien refleja el juzgador los honorarios que se reclaman en el recurso (mensualidades de febrero y marzo de 2016) obedecen a la mera voluntad de permanencia arbitraria en el cargo del administrador demandado, por lo que procede su desestimación.*

[58] Sentencia CIVIL Nº 364/2017, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3, Rec 462/2016 de 30 de Junio de 2017.
[59] Sentencia CIVIL Nº 364/2017, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3, Rec 462/2016 de 30 de Junio de 2017.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

### *d) Gestores administrativos*

Para el caso de los gestores administrativos, y a fin de no reiterar la exposición de cláusulas ya expuestas en relación con los anteriores profesionales, señalar la remisión y evidente aplicación, también a este colectivo, de las cláusulas y prácticas que han sido declaradas abusivas en la relación contractual, tanto de abogados como de administradores de fincas con sus clientes particulares.

## VI. CONCLUSIONES

Muchos han sido y siguen siendo los vaivenes que se han venido produciendo en la interpretación y aplicación del Derecho de Consumo por los Tribunales de Justicia que, en el esfuerzo de extender la protección de consumidores a todos los ámbitos de la vida jurídica, han acabado por llegar también a los contratos que los profesionales del derecho realizan con sus clientes particulares.

Resulta complejo aplicar la normativa de consumo general - concebida para la prestación de servicios de una índole más comercial - a este tipo de contratos de difícil entendimiento y ejecución, por la especialidad intrínseca de la materia sobre la que recaen. En este sentido, resulta fundamental la labor interpretativa de los Tribunales de Justicia en la trasposición de esta normativa al campo de los servicios jurídicos, la cual debe hacerse con el debido respeto a las peculiaridades que presenta el sector de los servicios jurídicos, y sin dudar a la hora de sancionar las prácticas que evidentemente conllevan desequilibrio y abuso en relación con los derechos de los consumidores.

En definitiva, la aplicación de la normativa de consumo a la actividad realizada por los profesionales del Derecho, implica la posibilidad de exigir el control judicial de los contratos realizados por estos profesionales, ofreciéndose al consumidor una vía de reclamación efectiva que trasciende el control que tradicionalmente han venido realizando los colegios profesionales, y aunque no afecte directamente a la calidad de los servicios prestados, sí que contribuye definitivamente, por la evidente fuerza coactiva de los tribunales y su repercusión mediática, a la eliminación del oscurantismo y las prácticas abusivas que nada aportan a la relación profesional-cliente y que tanto desprestigian a los colectivos profesionales, equilibrando, en todo caso, la asimetría preexistente respecto a conocimientos legales en beneficio de una mayor seguridad jurídica y transparencia para todas, tanto profesionales como clientes.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARÍA DEL CARMEN CRESPO MORA La protección del consumidor de servicios jurídicos. Revista de Derecho Civil . Vol. VIII nº 1 (enero-marzo, 2021).

EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS Protección de las comunidades de propietarios como consumidores frente a los contratos cautivos de mantenimiento prolongado. (Editorial Sepin. Octubre 2018).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

FRANCISCO VERDÚN PÉREZ Análisis y Síntesis de la Jurisprudencia del TJUE interpretadora de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, con propuestas de lege ferenda a fin de elevar la protección del consumidor. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Depósito legal: M-19643-2024.

MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ y MANUEL CALDUCH GARGALLO La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos. Revista de Derecho Privado 1/2020 ISSN: 0034-7922.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, en "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios", Indret, 3/2012.

DIEGO FIERRO RODRÍGUEZ La libertad de pactos sobre el arancel de la Procura y el control de abusividad. Editorial Sepin 2024.

SSTS 3 noviembre 1993, 30 enero 1997, 8 octubre 2001, 24 octubre 2002, 23 mayo 2006, 7 marzo 2007, 23 diciembre 2010 y 20 mayo 2014.

SAP de A Coruña de 29 de abril de 2020.

SAP Madrid de 2 enero 2006 (J 2006/7186), SAP Málaga de 12 julio 2005 (J 2005/168805), SAP Baleares de 29 septiembre 2005 (J 2005/162302), SAP Madrid de 20 junio 2005 (J 2005/132948), SAP Cádiz de 30 mayo 2005 (J 2005/122836), SAP Cáceres de 7 junio 2004 (J 2004/68357), STS Sala 1ª de 3 marzo 1998 (J 1998/1394), SAP Sevilla de 25 octubre 1997 (J 1997/9461), STS Sala 1ª de 9 febrero 1996 (J 1996/297), STS Sala 4ª de 21 enero 1985 (J 1985/383).

STJUE de 14 de junio de 2.012, caso Banesto.

STS de 9 de diciembre de 2025 Número Sentencia: 1803/2025 Número Recurso: 5950/2023.

STJUE (Sala Novena) de 22 de septiembre de 2022 En el asunto C-335/21.

STS, Sala Primera, de lo Civil, 192/2021, de 6 de abril. Recurso 1553/2018.

STSJ nº 83/2015 de 17/11/2015. Sala de lo Civil y Penal de Madrid.

STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 83/2015, de 17 de noviembre.

STSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1.ª, 41/2018, de 14 de noviembre.

SAP Madrid, Sec. 9.ª, 150/2022, de 17 de marzo. Recurso 912/2021.

SAP de Madrid, Sección 25ª, de 13 de abril de 2018.

STS nº 1732/2025 de la Sala 1 núm.: 6042/2020.

SAP Burgos Nº 364/2017, Sección 3, Rec 462/2016 de 30 de Junio de 2017.

Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado

Nº 3/2026

Septiembre

ISSN 2792-226X

# LAS CAUSAS DE LA INFRAUTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS

*Alba Solano Avelino*

Abogada del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona

**SUMARIO:** *I. Introducción. 1. El procedimiento testigo como herramienta de gestión de la litigación civil masiva. 2. ¿Coyuntura o estructura? 3. Objeto y metodología del presente trabajo. II. Incentivos e instituciones: el proceso judicial como escenario de interacción estratégica. III. El demandante como jugador estratégico. 1. El escenario óptimo. 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo. 3. La estrategia racional del demandante. IV. El demandado como jugador estratégico. 1. El escenario óptimo. 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo. 3. La estrategia racional del demandado. V. El órgano judicial como tercer jugador. 1. El escenario óptimo. 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo. 3. La estrategia racional del órgano judicial. VI. Cuando los incentivos individuales no conducen al resultado perseguido por el legislador. VII. El valor estratégico del procedimiento testigo: una utilidad algo distinta de la prevista. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía. X. Jurisprudencia consultada*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. El procedimiento testigo como herramienta de gestión de la litigación civil masiva

La litigación masiva constituye uno de los principales retos para nuestro sistema de administración de justicia. La proliferación, en sede civil, de procedimientos formalmente independientes, pero sustentados en presupuestos jurídicos y fácticos sustancialmente idénticos, tensiona la capacidad del sistema para ofrecer una respuesta judicial en un plazo razonable y pone de manifiesto las limitaciones de nuestros mecanismos procesales.

La magnitud del fenómeno alcanza todas las instancias. A finales de 2025, constaban interpuestos ante el Tribunal Supremo 27.864 recursos de casación; aproximadamente el 90 % de ellos se encontraban pendientes de admisión y el 10 % pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo. En ambos casos, cerca del 60 % de los recursos correspondía a litigios seriados, principalmente en materia bancaria e hipotecaria, condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y, más recientemente, a reclamaciones derivadas del denominado "cártel de camiones"[1].

La litigación en masa no es un fenómeno nuevo. Tampoco es un problema que se dé solo en nuestra jurisdicción o que solo se resuelva incrementando (exponencialmente) los medios personales y materiales del

[1] Estos datos constan en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2026, sobre la derivación a mediación de determinados recursos-masa en materia de derecho privado de la competencia («cártel de los camiones»).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

sistema de justicia. La resolución de miles de procedimientos seriados exige soluciones capaces de compatibilizar una gestión procesal eficiente de los asuntos con el pleno respeto a los derechos de las partes y a las garantías del proceso.

Con esa finalidad se han sucedido distintas iniciativas legales y organizativas[2]. Una de ellas fue la introducción, mediante el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, del artículo 438 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que incorpora al proceso civil el denominado procedimiento testigo.

Este procedimiento no era ajeno a nuestro ordenamiento. La institución ya operaba en sede contencioso-administrativa y, *mutatis mutandis*, a nivel internacional[3]. De hecho, desde tiempo atrás, parte de la doctrina española había defendido su incorporación a la legislación procesal civil[4] como posible vía de salida de la situación de saturación creada por este tipo de litigios.

En 2023, el objetivo del legislador era claro: agilizar la resolución de este tipo de asuntos mediante la tramitación preferente de un solo procedimiento representativo (el "testigo") cuya resolución fuera trasladable al resto de procedimientos[5].

El mecanismo opera en dos fases. En una primera fase, el artículo 438 bis LEC permite suspender la tramitación de una pluralidad de procesos mientras se resuelve uno de ellos, considerado representativo ("testigo"), con carácter preferente. La solicitud de aplicación del procedimiento puede hacerla el demandante en su demanda, el demandado en la contestación o bien el órgano judicial tras el examen del asunto.

Una vez la sentencia recaída en el procedimiento testigo adquiere firmeza, en una segunda fase, se decidirá sobre la continuación de la tramitación de los procedimientos suspendidos. En este momento procesal, el demandante puede solicitar la continuación del procedimiento, si considera que quedan cuestiones pendientes de resolver, o pedir la extensión de los efectos de la sentencia "testigo" *ex* artículo 519 LEC (art. 438 bis, apartado 3)[6].

---

[2] El plan de especialización de juzgados en materia de cláusulas abusivas adoptado por el Consejo General del Poder Judicial el 1 de junio de 2017, el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, actualmente en fase de enmiendas (121/000048) o, más recientemente, Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en especial, la introducción de los "medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional" como requisito de procedibilidad), son ejemplos de intentos de gestión de este tipo de litigación.

[3] A partir de 2004, con el caso *Broniowski c. Polonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) empezó a dictar "sentencias piloto" como medio para hacer frente a casos idénticos que traen causa del mismo problema estructural subyacente. ABRISKETA URIARTE, J. "Las sentencias piloto: el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador", Revista Española de Derecho Internacional No. 65-1, enero de 2013, pp. 73-99 (última consulta: 4/07/2026).

[4] TORRAS COLL, J.M. "El pleito testigo, la conformidad y la mediación mecanismos de eficacia y eficiencia procesal", en ElDerecho.com, 2021 (última consulta: 17/06/2026).

[5] Expositivo VI de la Exposición de Motivos del RD-Ley 6/2023.

[6] Resulta relevante traer a colación el Auto núm. 417/2025 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 7 de

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

También podría darse el caso de que, tras conocer la sentencia, el demandante optara por desistir de sus pretensiones, en cuyo caso se dictaría decreto acordando el desistimiento, sin condena en costas (apartado 4, art. 438 bis LEC).

En relación con el procedimiento del artículo 519 LEC, es importante señalar que su iniciación puede traer causa de la aplicación del régimen del pleito testigo, pero no necesariamente.

Lo relevante será que quien solicite la extensión de los efectos de una sentencia acredite el cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 2 del artículo 519 LEC[7] que, conviene tener presente, no son idénticos a los presupuestos que deben concurrir para la aplicación del artículo 438 bis LEC.

## 2. ¿Coyuntura o estructura?

La introducción de la posibilidad de acudir al procedimiento testigo en el proceso civil generó una notable expectación. Sin embargo, la práctica forense parece indicar que no está siendo utilizado con toda la intensidad que el legislador esperaba[8]. Es oportuno preguntarse por qué.

Una primera respuesta podría tener que ver con factores puramente coyunturales.

Además de ser una reforma relativamente reciente, el primer escollo para la aplicación del artículo 438 bis LEC es que el universo de casos a los que resultar potencialmente aplicable es extraordinariamente reducido:

- Solo será aplicable a acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación;
- Se exige, además, que las controversias sean sustancialmente idénticas, y;
- No debe ser necesario efectuar un control de transparencia de las cláusulas objeto de impugnación o analizar la concurrencia de vicios en el consentimiento.

Además, aunque no se recoja expresamente en la norma, este régimen tampoco resultaría aplicable a las múltiples de demandas que, en la práctica, pretenden la nulidad de la cláusula por usura (con carácter principal o de manera subsidiaria)[9].

---

noviembre de 2025 (ROJ: AAP CO 437/2025), que negó que los efectos de la sentencia testigo pudieran extenderse a otro caso pues, en aquel otro procedimiento el demandado se había allanado.

[7] *a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.*
*b) Que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición.*
*c) Que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.*
*d) Que las condiciones generales de contratación tengan identidad sustancial con las conocidas en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender.*
*e) Que el órgano jurisdiccional sentenciador o competente para la ejecución de la sentencia cuyos efectos se pretende extender fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de la pretensión*.

[8] GARCÍA HERNÁNDEZ, R. "Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023", en Derecho Privado: Boletín de derecho Privado de la asociación Judicial Francisco de vitoria, ISSN-e 2605-3055, Nº. 7, 2025, págs. 3-15 (p. 13-14)

[9] AAP Barcelona (Sección 1ª), de 05 de febrero de 2026 - ROJ: AAP B 379/2026, estimatorio del recurso de apelación planteado contra el auto que acordaba la suspensión de un procedimiento por aplicación del artículo 438 bis LEC. En el

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El procedimiento testigo, por tanto, parece concebido para supuestos muy concretos en los que el litigio puede resolverse mediante un examen jurídico abstracto del clausulado impugnado, donde las particularidades de cada caso no sean determinantes para resolver[10].

El margen de aplicación del artículo 438 bis LEC es, por tanto, extraordinariamente estrecho. Tanto es así que, paradójicamente, quedarían fuera de su universo de aplicación una buena parte de los litigios que, históricamente, han dado lugar a muchos de los casos de litigación. Por ejemplo, las reclamaciones relativas al IRPH, las tarjetas *revolving* o la impugnación de cláusulas de comisión de apertura en préstamos hipotecarios, donde es preciso realizar un control de transparencia[11], la comercialización de productos financieros en los que se alega la concurrencia de vicios en el consentimiento o las acciones indemnizatorias derivadas de infracciones del Derecho de la competencia.

Así que, una primera razón por la que este mecanismo podría no estar activándose con demasiada frecuencia podría ser, sencillamente, que todavía no se han planteado las circunstancias para poder hacerlo. Si este fuera el caso, el procedimiento testigo todavía podría tener recorrido en el futuro.

A lo anterior deben añadirse las dificultades de interpretación que plantea la propia regulación.

Conceptos como "identidad sustancial", las dudas en torno a la propia mecánica de designación del procedimiento que debe ser "testigo"[12], los interrogantes que suscita la compatibilidad del régimen especial de costas que se contempla (art. 438 bis LEC, apartado 5) con el Derecho de la Unión Europea[13] o, incluso, lo que deba entenderse como sentencia "firme"[14], constituyen obstáculos no poco relevantes que, por sí mismos,

mismo sentido, el Auto núm. 477/2025 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), de 30 de septiembre de 2025 (Roj: AAP MA 1055/2025 - ECLI:ES:APMA:2025:1055A) considero que los procedimientos donde se alegara la nulidad de una cláusula por usura no eran susceptibles de estar sujetos al art. 438 bis LEC.

10 Esta apreciación se encuentra, por ejemplo, en el Fº Jº Primero del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17), de 16 de abril de 2026 (ROJ: AAP B 2973/2026), que estimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 3 de junio de 2025, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Cornellà de Llobregat, mediante el que se acordaba la suspensión del procedimiento por aplicación del artículo 438 bis LEC, por falta de concurrencia de los presupuestos objetivos. La AP de Barcelona había realizado estas mismas apreciaciones en sus resoluciones de 15 de abril de 2026 (ROJ: AAP B 3929/2026) y 5 de marzo de 2026 (ROJ: AAP B 723/2026).

11 Sobre estas cuestiones resultan especialmente relevantes la Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) núm. 1590/2025, de 11 de noviembre de 2025, (Roj: STS 4876/2025 - ECLI:ES:TS:2025:4876) (IRPH) y núm. 154/2025, de 30 de enero de 2025 (Roj: STS 242/2025 - ECLI:ES:TS:2025:242) (tarjetas *revolving*), así como la STS núm. 964/2025, de 17 de junio de 2025, (Roj: STS 2618/2025 - ECLI:ES:TS:2025:2618) (comisiones de apertura).

12 La literalidad artículo 438.2 bis LEC tampoco permite determinar con absoluta claridad si el procedimiento respecto del cual se plantea la aplicación de este mecanismo debe ser ese mismo procedimiento o si, por el contrario, el órgano judicial puede identificar como "testigo" otro procedimiento distinto de que también esté conociendo.

13 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "El pleito testigo y la extensión de efectos desde la perspectiva de los principios de equivalencia y efectividad", en El nuevo procedimiento testigo y la extensión de efectos, (Coord. Sonia Calaza López y Mercedes de Prada Rodríguez), ed. La Ley, Madrid, 2024

14 Esta cuestión se examina en el Auto núm. 351/2025 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 7 de noviembre de 2025 (Roj: AAP CO 318/2025 - ECLI:ES:APCO:2025:318A), que consideró que una sentencia que adquirió firmeza por no haber sido recurrida en apelación no cumplía con las exigencias del artículo 519 LEC.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

también podrían llegar a explicar - al menos en parte - la limitada utilización del procedimiento hasta el momento.

Sin embargo, este trabajo se propone explorar una explicación alternativa. ¿Es posible que la infrautilización del pleito testigo no obedezca a razones coyunturales, sino que se explique por el propio diseño de la institución?

### 3. Objeto y metodología del presente trabajo

Para dilucidar dicha cuestión, en lo que sigue prescindiremos - a efectos puramente dialécticos - de las dificultades indicadas en el epígrafe anterior y asumiremos que concurren todos los presupuestos de aplicación del procedimiento testigo.

En esta situación hipotética, la pregunta que se plantea sería: ante un supuesto paradigmático en el que el procedimiento testigo fuera aplicable y las dudas interpretativas no supusieran ningún obstáculo, ¿qué conducta cabría esperar racionalmente del demandante, del demandado y del órgano judicial? ¿Optarían por promover el uso de este mecanismo o preferirían no apartarse de la tramitación ordinaria de los asuntos?

Para responder a esta cuestión, proponemos tomar prestados algunos de los conceptos de la teoría de juegos y, en particular, el análisis coste-beneficio que cada "jugador" podría realizar en el momento de tener que decidir[15] si impulsar o no la aplicación de este régimen jurídico. Con este propósito, se estudiará separadamente la posición del demandante, del demandado y del órgano judicial.

El objetivo del análisis no consiste en trasladar modelos económicos al Derecho procesal o en construir un modelo matemático del comportamiento de los operadores jurídicos. Tampoco pretende ofrecer una configuración legal o dicción alternativa del precepto.

La teoría de juegos se emplea aquí solo como una herramienta metodológica para analizar si la estructura de incentivos que genera para las partes y el órgano judicial el artículo 438 bis LEC es coherente con el objetivo del legislador.

## II. INCENTIVOS E INSTITUCIONES: EL PROCESO JUDICIAL COMO ESCENARIO DE INTERACCIÓN ESTRATÉGICA

La eficacia de una institución jurídica no depende únicamente de la corrección técnica de su regulación ni de la legitimidad de los fines que persigue. También depende de que quienes deben aplicarla encuentren racional hacerlo. En efecto, una de las funciones más relevantes de cualquier sistema jurídico es, entre otras, alentar y

[15] FONT BARROT, A., "Curso de Negociación Estratégica", Editorial UOC, 2018, Capítulos I a III.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

desalentar determinadas conductas, es decir, premiar y castigar determinadas acciones para lograr que las personas se comporten de una determinada manera[16]. El Derecho procesal no constituye una excepción.

Desde esta perspectiva, las normas procesales no solo regulan el desarrollo del procedimiento, sino que también condicionan las decisiones del demandante, del demandado y del órgano judicial al alterar los costes, beneficios y riesgos asociados a las distintas estrategias procesales.

El procedimiento testigo constituye un ejemplo paradigmático. Mediante el artículo 438 bis LEC, el legislador pretende modificar la forma en que se gestionan los litigios masivos concentrando temporalmente la resolución de controversias sustancialmente idénticas en un único procedimiento representativo. Sin embargo, que el mecanismo pueda resultar beneficioso para el sistema judicial en abstracto no significa que también lo sea para quienes deben decidir si promover su utilización en un caso concreto.

## III. EL DEMANDANTE COMO JUGADOR ESTRATÉGICO

### 1. El escenario óptimo

El artículo 438.1 bis LEC faculta al demandante para solicitar la aplicación del procedimiento testigo en su escrito de demanda.

Desde la perspectiva del demandante y, en particular, de su representación Letrada, el escenario óptimo sería aquel en el que uno de los procedimientos que hubiera promovido fuera seleccionado como "testigo", que la sentencia que lo resolviera estimara íntegramente sus pretensiones, que dicha resolución fuera confirmada en todas las instancias y que, una vez firme, sus efectos estimatorios pudieran extenderse al resto de reclamaciones.

Si ese escenario pudiera anticiparse con un grado razonable de certeza, la conveniencia de solicitar la aplicación del artículo 438 bis LEC resultaría difícilmente discutible. El problema es que el demandante debe decidir si abogar por la aplicación de este precepto antes de saber si ese escenario llegará a producirse.

### 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo

La decisión del demandante dependerá del balance que realice sobre las ventajas e inconvenientes que el procedimiento testigo pueda representar para él respecto de la litigación individual ordinaria.

#### a) Potenciales ventajas

La principal ventaja del procedimiento testigo es evidente. Si el procedimiento seleccionado concluyera con una sentencia firme íntegramente estimatoria y sus efectos pudieran extenderse al resto de reclamaciones, el

[16] Otras funciones relevantes de los sistemas jurídicos son facilitar acuerdos entre particulares, proveer servicios y redistribuir bienes y resolver conflictos. A este respecto, véase J.J. MORESO (Dir.), J.M. VILAJOSANA (dir.), "Introducción a la Teoría del Derecho", Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, 2004, p. 56 y ss.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

demandante obtendría una resolución favorable que se podría proyectar sobre una pluralidad de procedimientos, evitando la necesidad de litigar individualmente cada uno de ellos.

Ahora bien, esa ventaja depende de que concurran una serie de circunstancias futuras que el demandante no controla ni puede anticipar con certeza.

**b) Inconvenientes**

En primer lugar, el demandante debe adoptar su decisión en un contexto de incertidumbre. En ese momento procesal desconoce buena parte de las variables relevantes del procedimiento: ignora si existen otros litigios sustancialmente idénticos y qué argumentos jurídicos se han vertido, cuál será finalmente designado como procedimiento testigo, qué estrategia procesal seguirán las demás partes implicadas y cuál será el criterio que adopten los distintos órganos judiciales. Esta incertidumbre afecta tanto al *sole practitioner*, que puede incluso ignorar que su reclamación es una de tantas similares, como a los despachos especializados en este tipo de litigación, aunque dispongan de una visión más amplia.

En segundo lugar, el procedimiento testigo obliga al demandante a renunciar a una de las principales ventajas estratégicas de la litigación seriada. Los primeros procedimientos permiten identificar las líneas de defensa de la demandada, comprobar qué argumentos reciben una acogida más favorable por los tribunales y qué criterios jurisprudenciales cristalizan a medida que los casos ascienden por las distintas instancias judiciales. Toda esa información permite ir perfeccionando las demandas para maximizar sus posibilidades de éxito. La aplicación del procedimiento testigo obliga, por el contrario, a comprometer y revelar la estrategia procesal desde el inicio, antes de que la experiencia práctica permita ir refinándola.

En tercer lugar, el procedimiento testigo reduce el control del demandante sobre el propio desarrollo del litigio. Por un lado, el reducido ámbito objetivo de aplicación del artículo 438 bis LEC obliga a renunciar, en la práctica, a ciertas líneas argumentales que, formuladas con carácter subsidiario, podrían incrementar las posibilidades de éxito de la reclamación[17]. Este sería el caso, por ejemplo, de las alegaciones sobre falta de transparencia de las cláusulas, la usura o existencia de vicios del consentimiento.

Por otro lado, se altera el ritmo de la litigación. Mientras que en la tramitación ordinaria el demandante conserva la posibilidad de escalonar la presentación de demandas y adaptar su estrategia conforme

[17] En relación con la frecuencia con la que la parte demandada ejercita varias acciones de manera acumulada, resulta particularmente gráfica la reflexión de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª): *TERCERO.-Pero, el legislador (o acaso sus asesores, poco conocedores o avezados de la praxis judicial), si bien trasladó el ejercicio de las acciones individuales en materia de condiciones generales de la contratación al juicio verbal, llegando a introducir para estas demandas el denominado «procedimiento testigo» (nuevo art. 438 bis LEC), se olvidó de que esa praxis judicial le mostraba, a las claras, que cualquier consumidor avispado y debidamente asesorado ejercitaba en ese procedimiento ordinario, desde luego más lento, junto a la acción individual a que aludimos, la de nulidad por usurario del mismo contrato en que se insertaban tales condiciones generales de la contratación, por lo que, permítase la expresión, se trataba de "matar dos pájaros de un tiro".* (AAP Salamanca, a 15 de diciembre de 2025 - ROJ: AAP SA 778/2025)

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

evoluciona la jurisprudencia, la suspensión simultánea de varios procedimientos puede provocar que todos ellos se reactiven prácticamente al mismo tiempo cuando la sentencia testigo adquiera firmeza, privándole del control sobre los tiempos y, por tanto, de la gestión de sus recursos materiales y personales.

En cuarto lugar, el procedimiento testigo intensifica el coste asociado al transcurso del tiempo. El diferimiento en el tiempo de la resolución potencialmente favorable de los procedimientos a expensas de la resolución de uno de ellos supone un coste en sí mismo. Este fenómeno, conocido como "descuento temporal" o *time discounting*, responde a la tendencia de los agentes a atribuir un mayor valor a las recompensas que se obtienen de manera inmediata que a las que se obtienen con carácter posterior[18].

Por último, incluso si el procedimiento testigo concluyera con una sentencia favorable al demandante, el demandado dispondría, según alguna jurisprudencia[19], de determinadas vías procesales que podrían impedir que sus efectos se extendieran al resto de procedimientos.

### 3. La estrategia racional del demandante

En definitiva, aunque el procedimiento testigo ofrece una ventaja potencial evidente, esta depende de circunstancias futuras que el demandante no puede controlar. En cambio, los inconvenientes asociados a su aplicación afectan directamente a aspectos de la litigación sobre los que sí conserva capacidad de decisión cuando opta por la tramitación individual.

Desde esta perspectiva, el artículo 438 bis LEC no genera incentivos suficientes para que el demandante modifique su estrategia de litigación. Por el contrario, le proporciona razones adicionales para preservar las ventajas estratégicas inherentes a la litigación seriada ordinaria.

Por ello, la estrategia racional del demandante consistirá, por regla general, en no promover la aplicación del procedimiento testigo.

## IV. EL DEMANDADO COMO JUGADOR ESTRATÉGICO

### 1. El escenario óptimo

El artículo 438 bis LEC permite a la parte demandada solicitar la aplicación del procedimiento testigo en su escrito de contestación a la demanda.

[18] Por ejemplo, la mayoría de las personas preferiría recibir hoy 100 euros que recibir 110 euros dentro de un año. Esperar sólo sería racional si la recompensa futura excediera con creces la recompensa presente.

[19] En ninguno de estos dos supuestos se alcanzaría una "sentencia firme" cuyos efectos fueran susceptibles de extensión *ex* art. 519 LEC (*vide* Auto núm. 417/2025 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 7 de noviembre de 2025 (Roj: AAP CO 437/2025) y Auto núm. 351/2025 de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), de 7 de noviembre de 2025 (Roj: AAP CO 318/2025)).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El escenario óptimo del demandado es el opuesto al descrito para la parte actora, es decir, es aquel en que el procedimiento testigo concluyera con una sentencia íntegramente desestimatoria, que dicha resolución fuera confirmada en todas las instancias y que, una vez firme, sus efectos desestimatorios se extendieran al resto de reclamaciones sustancialmente idénticas dirigidas contra él.

Si ese resultado pudiera anticiparse con un grado razonable de certeza, promover la aplicación del procedimiento testigo resultaría evidente. El problema es que, al igual que ocurre con el demandante, el demandado debe adoptar esa decisión sin conocer con certeza cuál será el desenlace del procedimiento.

## 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo

La decisión del demandado dependerá, de nuevo, del balance que realice entre las ventajas potenciales y los costes o inconvenientes que comporta la aplicación del artículo 438 bis LEC respecto de la litigación individual ordinaria.

### a) Potenciales ventajas

A diferencia del demandante, el demandado parte de una posición de cierta ventaja informativa. En el momento de contestar a la demanda ya conoce los argumentos de la parte actora y se encuentra, por ello, en mejores condiciones para valorar las probabilidades de éxito de la reclamación. En los supuestos de litigación seriada, además, es posible que su representación letrada tenga conocimiento de otras reclamaciones formuladas contra su cliente sobre las mismas condiciones generales de la contratación, lo que le permitirá comparar el planteamiento jurídico de unas y otras.

Esta circunstancia podría generar, al menos en apariencia, incentivos para promover la aplicación del procedimiento testigo cuando alguna de las demandas presentase una fundamentación especialmente débil. En tal caso, una eventual sentencia desestimatoria permitiría proyectar sus efectos sobre el resto de los procedimientos pendientes, incluso sobre aquellos técnicamente mejor planteados.

Por otra parte, la aplicación del artículo 438 bis LEC también permitiría suspender temporalmente la tramitación del resto de procedimientos. Desde esta perspectiva, el fenómeno del descuento temporal opera en sentido inverso que para el demandante: del mismo modo que las recompensas futuras se perciben como menos valiosas que las inmediatas, también los costes o perjuicios se consideran menos gravosos cuanto más tarde deban afrontarse.

### b) Inconvenientes

Sin embargo, ninguna de las anteriores ventajas resulta concluyente.

En primer lugar, la mayor o menor solidez técnica de una demanda constituye únicamente uno de los múltiples factores que condicionan el resultado del litigio. Aunque el demandado pueda formular un juicio probabilístico más informado que el demandante sobre las probabilidades de éxito de la reclamación, nunca podrá anticipar con absoluta certeza cuál será el sentido de la resolución. Salvo en supuestos muy excepcionales, esa ventaja

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

informativa difícilmente justificará concentrar en un único procedimiento el riesgo derivado de una eventual serie masiva de demandas.

En segundo lugar, el diferimiento temporal de los costes no supone su desaparición. Una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento testigo, el demandado deberá afrontar tanto el coste organizativo derivado de la reactivación simultánea de los procedimientos suspendidos como, en su caso, el cumplimiento de una resolución potencialmente desfavorable cuyos efectos puedan proyectarse sobre el resto de las reclamaciones.

En tercer lugar, la litigación individual también proporciona al demandado ventajas estratégicas que desaparecerían con la aplicación del procedimiento testigo. La sucesión de procedimientos le permite adaptar progresivamente su estrategia de defensa conforme evolucionan los criterios jurisprudenciales, reforzar o abandonar determinadas líneas argumentales y modificar, cuando resulte conveniente, su política de litigación o de acuerdos transaccionales.

Es cierto que, a diferencia del demandante, el demandado dispone de determinadas herramientas para amortiguar el efecto multiplicador de una eventual sentencia desfavorable -como el allanamiento, la transacción o la renuncia a recurrir en apelación -. Sin embargo, ninguna de estas opciones está exenta de costes y riesgos[20], por lo que tampoco alteraría sustancialmente el balance de incentivos.

### 3. La estrategia racional del demandado

En definitiva, el procedimiento testigo ofrece al demandado algunos incentivos que, en principio, podrían resultar más atractivos que los existentes para la parte actora. Sin embargo, esos potenciales beneficios descansan sobre escenarios inciertos y se ven compensados por riesgos estratégicos igualmente relevantes.

Por ello, aunque la aplicación del artículo 438 bis LEC pueda resultar, de forma algo contraintuitiva, menos perjudicial - e incluso temporalmente más ventajosa - para el demandado que para el demandante, la alternativa racional seguirá siendo, por regla general, mantener la litigación individual seriada antes que concentrar en un único procedimiento el riesgo derivado del conjunto de reclamaciones.

## V. EL ÓRGANO JUDICIAL COMO TERCER JUGADOR

### 1. El escenario óptimo

El apartado segundo del artículo 438 bis LEC dispone que, dada cuenta por el letrado o letrada de la Administración de Justicia y examinado el asunto, el tribunal podrá: ***(i)*** acordar, mediante auto, la suspensión

[20] Por ejemplo, si fuera el demandado el que solicitara la aplicación del pleito testigo para luego allanarse, podría apreciarse mala fe procesal. Si la estrategia fuera, en cambio, renunciar a interponer recurso de apelación, correría el riesgo de que se consolidasen criterios jurisprudenciales desfavorables a su tesis de defensa. Adicionalmente, en la medida en que la jurisprudencia en torno al artículo 519 LEC todavía es limitada, algún Juzgado podría interpretar que una sentencia que hubiera devenido firme por no haber sido recurrida en apelación también podría ser susceptible de producir efectos sobre los procedimientos que se hubieran suspendido a expensas de que recayera sentencia en aquel procedimiento.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

del procedimiento hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento identificado como testigo; o ***(ii)*** continuar la tramitación ordinaria mediante providencia.

A diferencia de las partes, la elección entre ambas alternativas no depende del eventual resultado estimatorio o desestimatorio de la demanda. Tampoco constituye una decisión discrecional, pues el órgano judicial deberá motivarla y dar trámite de audiencia a las partes[21].

Desde la perspectiva del tribunal, el escenario óptimo será, por tanto, aquel que le permita ejercer la función jurisdiccional de la forma más eficiente posible, resolviendo los asuntos conforme a Derecho, respetando las garantías procesales y gestionando adecuadamente su carga de trabajo.

## 2. Análisis coste-beneficio de la aplicación del procedimiento testigo

El diseño del artículo 438 bis LEC parece partir de una premisa implícita: que la suspensión de una pluralidad de procedimientos sustancialmente idénticos y la concentración temporal del conflicto en un único procedimiento testigo constituyen, por sí mismas, una manera más eficiente de gestionar la litigación masiva. Desde esa premisa, la aplicación del procedimiento testigo debería representar la opción racional para el órgano judicial siempre que concurrieran los presupuestos legales para aplicarlo.

### a) Potenciales ventajas

En principio, el procedimiento testigo podría evitar el dictado de múltiples resoluciones sobre cuestiones sustancialmente idénticas y concentrar el esfuerzo jurisdiccional en un único procedimiento representativo.

### b) Inconvenientes

Un examen más detenido del artículo 438 bis LEC permite cuestionar esa premisa implícita de partida.

En primer lugar, la aplicación del procedimiento exige interpretar y aplicar una institución procesal de reciente incorporación cuya delimitación todavía plantea importantes dudas interpretativas. Ese esfuerzo adicional y el consiguiente margen de incertidumbre pueden llevar al órgano judicial a preferir la tramitación ordinaria mientras no exista una práctica judicial suficientemente consolidada.

En segundo lugar, la aparente simplificación organizativa puede resultar más aparente que real. La aplicación del procedimiento testigo no opera automáticamente, sino que exige examinar los procedimientos potencialmente afectados, valorar su identidad sustancial, oír a las partes y dictar una resolución motivada.

Además, una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento testigo, el apartado tercero del artículo 438 bis LEC obliga al órgano judicial a revisar nuevamente cada uno de los procedimientos suspendidos para determinar si la controversia ha quedado íntegramente resuelta o si subsisten cuestiones que exijan continuar

[21] La falta de motivación del auto que acuerde la suspensión de un procedimiento por aplicación del artículo 438 bis LEC, así como el traslado de copias de lo actuado en el procedimiento designado como testigo, podría determinar la nulidad de las actuaciones por infracción procesal. Así lo advirtió la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª) en su auto de 12 de diciembre de 2025 (Roj: AAP GI 1719/2025 - ECLI:ES:APGI:2025:1719A) y en su Auto, de 4 de febrero de 2026 (ROJ: AAP GI 50/2026), en el que consideró que el artículo 438 bis LEC no era de aplicación al procedimiento del que traía porque, aparte de haber causado indefensión a la recurrente, la determinación del carácter abusivo de la cláusula de gastos impugnada requería de un examen de transparencia.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

con la tramitación. Incluso cuando la parte actora opte por el mecanismo de extensión de efectos previsto en el artículo 519 LEC, la actividad jurisdiccional no se detiene.

En otras palabras, el procedimiento testigo no elimina la carga de trabajo del órgano judicial, sino que, en buena medida, la difiere y redistribuye, pudiendo incluso incrementarla.

Frente a ello, la tramitación individual ordinaria permite resolver progresivamente los asuntos conforme van entrando en el Juzgado. Una vez fijado un criterio jurídico sobre el fondo de la controversia, el órgano judicial podrá reproducir esa fundamentación - con las adaptaciones que exijan las particularidades de cada caso - en los restantes procedimientos sustancialmente idénticos, alcanzando un resultado funcionalmente muy próximo al perseguido por el procedimiento testigo sin asumir la carga organizativa adicional que este le puede generar.

### 3. La estrategia racional del órgano judicial

En definitiva, aunque el procedimiento testigo pueda ofrecer determinadas ventajas organizativas en abstracto, estas quedan significativamente relativizadas por los costes decisorios y de gestión que comporta su aplicación práctica.

Desde esta perspectiva, la tramitación ordinaria constituye, por regla general, la alternativa más sencilla y eficiente para el órgano judicial, al permitirle alcanzar, en muchos supuestos, un resultado funcionalmente equivalente al perseguido por el legislador en el procedimiento testigo sin asumir la carga organizativa adicional que este puede comportar.

La estrategia racional del tribunal consistirá, por regla general, en preferir la tramitación ordinaria frente a la aplicación del procedimiento testigo siempre que el margen de apreciación que le reconoce el artículo 438 bis LEC se lo permita.

Si este análisis es correcto, entonces cabe formular una segunda hipótesis: que los órganos judiciales tenderán a interpretar de forma restrictiva los presupuestos de aplicación del artículo 438 bis LEC.

## VI. CUANDO LOS INCENTIVOS INDIVIDUALES NO CONDUCEN AL RESULTADO PERSEGUIDO POR EL LEGISLADOR

El análisis precedente pone de manifiesto una circunstancia llamativa. Aunque el demandante, el demandado y el órgano judicial ocupan posiciones procesales muy distintas y persiguen objetivos, en buena medida, contrapuestos, el diseño del artículo 438 bis LEC conduce a que todos ellos coincidan en un punto: ninguno encuentra, con carácter general, incentivos suficientes para preferir la aplicación del procedimiento testigo frente a la tramitación ordinaria[22].

[22] Resulta llamativo que el procedimiento testigo parezca imponer mayores costes estratégicos a los demandantes - a menudo percibidos como la parte más débil de este tipo de litigios - y al órgano judicial, precisamente los operadores a los que el legislador parecía querer beneficiar con este mecanismo, que a la parte demandada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Esta conclusión resulta especialmente significativa porque el legislador parece haber partido de la premisa de que cualquiera de esos operadores encontraría ventajoso promover la aplicación del procedimiento cuando concurrieran sus presupuestos. Sin embargo, el análisis realizado conduce precisamente a la conclusión contraria: la estrategia racional del demandante, del demandado y del órgano judicial consiste, por regla general, en mantener la litigación individual.

En consecuencia, la limitada utilización práctica del procedimiento testigo deja de aparecer únicamente como un problema de aplicación para convertirse, al menos en parte, en una consecuencia previsible del propio diseño institucional.

## VII. EL VALOR ESTRATÉGICO DEL PROCEDIMIENTO TESTIGO: UNA UTILIDAD ALGO DISTINTA DE LA PREVISTA

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, incorporó los mecanismos adecuados de solución de controversias ("**MASC**") como requisito de procedibilidad de la demanda. Esta reforma modifica el contexto estratégico en el que las partes adoptan sus decisiones. Antes de acudir al proceso, ya no deben decidir únicamente si litigar o no, sino también qué posición mantener durante la negociación extraprocesal previa, teniendo en cuenta las posibles consecuencias procesales de esa decisión[23].

En este nuevo escenario, el procedimiento testigo puede adquirir una utilidad distinta de la inicialmente prevista por el legislador. Su principal función podría residir menos en su aplicación efectiva por las partes en el procedimiento que en su capacidad para modificar sus posiciones durante la negociación.

Precisamente porque el análisis anterior pone de manifiesto que, con carácter general, ninguna de las partes encuentra incentivos suficientes para promover la aplicación del artículo 438 bis LEC, la mera posibilidad de que este procedimiento llegue a aplicarse podría convertirse en un elemento relevante de la negociación.

Si ambas partes saben que la aplicación del procedimiento testigo constituye un escenario que ambas preferirían evitar, la posibilidad de que ese escenario llegue a producirse puede convertirse en un incentivo adicional para alcanzar un acuerdo. No porque desaparezca el conflicto de fondo existente entre ellas, sino porque ambas comparten como objetivo evitar la aplicación del procedimiento testigo.

Desde esta perspectiva, el artículo 438 bis LEC podría contribuir a reducir la litigación masiva no tanto porque llegue a utilizarse con frecuencia, sino precisamente porque ninguna de las partes desee llegar a utilizarlo. Paradójicamente, una institución concebida para gestionar litigios masivos mediante su aplicación podría terminar siendo útil por una razón distinta: incentivar acuerdos que eviten tener que aplicarla.

[23] El nuevo régimen de costas - salvando sus posibles críticas - busca incentivar la participación activa de las partes en la negociación, la formulación de propuestas razonables y penaliza, en determinados supuestos, las posiciones negociadoras injustificadamente rígidas o de máximos (BUENO GALIMANY, A. "*La nueva regulación de las costas procesales civiles introducida por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero*", Análisis Procesal, Gómez-Acebo & Pombo, marzo 2025).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Naturalmente, esta es una hipótesis teórica que deberá ser contrastada por la práctica. Sin embargo, ilustra una idea de alcance más general: una institución procesal puede resultar útil no solo cuando se aplica, sino también cuando su mera existencia modifica racionalmente el comportamiento de quienes podrían llegar a utilizarla, aunque sea en un sentido distinto del pretendido inicialmente.

## VIII. CONCLUSIONES

Este trabajo partía de una pregunta sencilla: si la limitada utilización práctica del procedimiento testigo responde únicamente al reducido ámbito de aplicación del artículo 438 bis LEC y a las dificultades interpretativas que plantea su regulación (cuestiones coyunturales) o si, además, puede deberse a la propia estructura de incentivos diseñada por el legislador.

Prescindiendo deliberadamente las dificultades interpretativas del precepto y asumiendo, a efectos puramente dialécticos, que concurren todos los presupuestos legales para su aplicación, el análisis realizado permite sostener esta segunda hipótesis. En otras palabras, el problema parece ser, al menos en parte, de estructura y no únicamente de coyuntura.

El artículo 438 bis LEC configura un sistema en el que el demandante, el demandado y el órgano judicial, pese a ocupar posiciones procesales distintas y perseguir objetivos, en buena medida, contrapuestos, convergen racionalmente en una misma preferencia: mantener la tramitación ordinaria de los procedimientos antes que promover la aplicación del procedimiento testigo.

La principal aportación de este trabajo no consiste, por tanto, en constatar que el procedimiento testigo se utiliza poco, sino en ofrecer una posible explicación de por qué ese resultado constituye, precisamente, el comportamiento que cabría esperar del diseño de esta institución.

Ahora bien, de lo anterior no se sigue, necesariamente, que el procedimiento testigo carezca de toda utilidad. La incorporación de los MASC permite formular una hipótesis distinta. Si la mera posibilidad de aplicación del procedimiento testigo constituye un escenario que ambas partes preferirían evitar, ese rechazo compartido podría convertirse en un incentivo adicional para alcanzar acuerdos durante la negociación previa al proceso. En tal caso, paradójicamente, el procedimiento testigo podría acabar contribuyendo a reducir la litigación masiva y, en consecuencia, a aliviar la situación de saturación de nuestros órganos judiciales - que era el objetivo -, pero no porque llegue a utilizarse, sino porque ambas partes rechazan su utilización.

Naturalmente, esta hipótesis deberá ser contrastada por la práctica. Sin embargo, pone de manifiesto una idea que trasciende el propio artículo 438 bis LEC: el éxito de una institución procesal no depende únicamente de que su aplicación sea jurídicamente posible, sino también de que el sistema de incentivos que genera sea capaz de alterar el análisis coste-beneficio de los agentes de modo que racionalmente elijan actuar en el sentido pretendido por la norma.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE, J. "Las sentencias piloto: el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador", Revista Española de Derecho Internacional No. 65-1, enero de 2013, pp. 73-99.

BUENO GALIMANY, A., *La nueva regulación de las costas procesales civiles introducida por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero*, Análisis Procesal, Gómez-Acebo & Pombo, marzo de 2025.

FONT BARROT, A., "Curso de Negociación Estratégica", Editorial UOC, 2018, Capítulos I a III.

GARCÍA HERNÁNDEZ, R., «Algunos problemas prácticos del R.D. 6/2023», *Derecho Privado: Boletín de Derecho Privado de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria*, núm. 7, 2025

MORESO, J. J. (Dir.) y VILAJOSANA, J. M. (Dir.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El pleito testigo y la extensión de efectos desde la perspectiva de los principios de equivalencia y efectividad», en CALAZA LÓPEZ, S. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (coords.), *El nuevo procedimiento testigo y la extensión de efectos*, La Ley, Madrid, 2024.

TORRAS COLL, J. M., «El pleito testigo, la conformidad y la mediación: mecanismos de eficacia y eficiencia procesal», *ElDerecho.com*, 2021.

## X. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

**Tribunal Supremo**

STS (Sala Primera) núm. 1590/2025, de 11 de noviembre de 2025 (ROJ: STS 4876/2025).

STS (Sala Primera) núm. 964/2025, de 17 de junio de 2025 (ROJ: STS 2618/2025).

STS (Sala Primera) núm. 154/2025, de 30 de enero de 2025 (ROJ: STS 242/2025).

**Audiencias Provinciales**

AAP Barcelona (Sección 17.ª), de 16 de abril de 2026 (ROJ: AAP B 2973/2026).

AAP Barcelona (Sección 17.ª), de 15 de abril de 2026 (ROJ: AAP B 3929/2026).

AAP Barcelona (Sección 17.ª), de 5 de marzo de 2026 (ROJ: AAP B 723/2026).

AAP Barcelona (Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2026 (ROJ: AAP B 379/2026).

AAP Girona (Sección 1.ª), de 4 de febrero de 2026 (ROJ: AAP GI 50/2026).

AAP Salamanca (Sección 1.ª), de 15 de diciembre de 2025 (ROJ: AAP SA 778/2025).

AAP Girona (Sección 1.ª), de 12 de diciembre de 2025 (ROJ: AAP GI 1719/2025).

AAP Córdoba (Sección 1.ª), Auto núm. 417/2025, de 7 de noviembre de 2025 (ROJ: AAP CO 437/2025).

AAP Córdoba (Sección 1.ª), Auto núm. 351/2025, de 7 de noviembre de 2025 (ROJ: AAP CO 318/2025).

AAP Málaga (Sección 6.ª), Auto núm. 477/2025, de 30 de septiembre de 2025 (ROJ: AAP MA 1055/2025).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR: EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD

*Oscar Vos Benítez*

Abogado. Director del Departamento Procesal de Iurisconsult Abogados. Profesor en el Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de la UDIMA

**SUMARIO:** *I. Evolución y modificaciones del concepto de consumidor. 1. Defensa de consumidores y usuarios antes de 1993. 2. La Directiva 93/13/CEE de 5 de abril. 3. La actual Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. II. Concepto de consumidor y criterio de la finalidad. 1. Hacia el consumidor persona física. 2. ¿Pueden una sociedad mercantil o un comerciante acceder a la protección dedicada a los consumidores? Criterio de la finalidad. 3. El consumidor vulnerable. III. Reseña jurisprudencial: supuestos concretos. 1. Interpretación restrictiva del concepto. Prueba de la condición de consumidor. 2. Sobre la doble finalidad. 3. Ánimo de lucro y vinculación funcional. 4. El caso de los cónyuges. 5. Fiadores. 6. Las comunidades de propietarios. 7. Asociaciones deportivas y recreativas. 8. Entidades religiosas. IV. Conclusiones. V. Jurisprudencia. VI. Bibliografía*

## I. EVOLUCIÓN Y MODIFICACIONES DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

### 1. Defensa de consumidores y usuarios antes de 1993

El régimen jurídico relativo a la protección de los consumidores y usuarios quizá sea de las cuestiones más profusa y más profundamente tratadas del ordenamiento jurídico español. De hecho, se han desarrollado tantas cuestiones y tan variadas que se hace casi inabarcable. Sin embargo, esto no siempre fue así. Es el profesor OTERO LASTRES quien más incipientemente se ocupó de un fenómeno indisolublemente unido al desarrollo de la contratación en masa, consecuencia del desarrollo económico de la sociedad española. Los contratos de adhesión -redactados unilateralmente por el profesional sin posibilidad real de negociación por el consumidor- se convirtieron en la norma del tráfico económico en el mercado. Esta asimetría entre las partes contratantes generaba un desequilibrio significativo en derechos y obligaciones que los ordenamientos nacionales no habían abordado hasta ya avanzada la segunda mitad del siglo XX.

El citado profesor mantiene que el concepto de consumidor arrancó *en la ya citada Carta de protección del consumidor del Consejo de Europa, de 1973 se define, más jurídica que económicamente, al consumidor como «la persona física o moral a la que se venden bienes o proporcionan servicios con destino a su uso personal*. En un contexto donde la escasa formación fue un factor decisivo para llegar a la conclusión de que era un colectivo necesitado de protección vinculado al desarrollo de la contratación en masa[1].

[1] OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL. "*La protección de los consumidores cuarenta años después*" Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XL (2019-2020). Ed. Marcial Pons. ISBN: 978-84-1381-154-3.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La protección del consumidor adquirió rango constitucional como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 51 CE) mediante dos vectores: (i) se garantizará su defensa protegiendo mediante procedimientos "eficaces" la seguridad, la salud y los intereses económicos de este colectivo; (ii) se promueve la información y la educación, fomentando el asociacionismo. No era una cuestión directamente invocable ante los tribunales, por lo que se requería un desarrollo legislativo que se hizo realidad con La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Si bien es verdad que existe un precedente en el RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (dictado al albur de la especial situación creada por el fraude del aceite de colza del año 1981) se trata de una norma que aún no contenía una definición de quién debía considerarse consumidor.

En cambio, la LGDCU de 1984 concebía en su artículo 1.2 la figura del consumidor como el "destinatario final" de bienes, productos, servicios y actividades, sean de naturaleza pública o privada. En el párrafo 3, excluía de la protección a quienes -aun adquiriendo, almacenando o consumiendo bienes o servicios- no eran destinatarios finales puesto que ejecutaban ese consumo como parte de un proceso productivo o comercializador. Sin embargo, incluía expresamente en el marco de protección a la persona jurídica, siempre que cumpliera ese requisito de ser destinatario final. De hecho, el artículo 21 negaba la posibilidad de disfrutar de los beneficios de la ley a quienes contaran entres sus miembros a personas jurídicas con ánimo de lucro. En un marco jurídico eminentemente tuitivo hacia quien está en manifiesta inferioridad, subordinación o indefensión (art. 23 de la citada ley), no es poco. En definitiva, la piedra angular sobre la que se sostenía el sistema de protección estaba en ser el destinatario de los bienes, independientemente de la forma jurídica que se tuviese.

## 2. La Directiva 93/13/CEE de 5 de abril

Esta norma se gestó en ese contexto de avance en la protección de una tipología de consumidor cada vez más relacionada con la contratación en masa. *La idea de la Unión Europea y la aprobación del primer tratado internacional o tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero de 1992 conllevaba una visión colectiva de Europa que exigía, en relación con la política de protección de los consumidores, una armonización legislativa para conseguir esa protección efectiva de los consumidores […] El consumidor, de aquí en adelante, toma un papel protagonista a la hora de elaborar y aplicar los avances en la política de consumo en coordinación con el resto de las políticas europeas*[2]. De hecho, en los considerandos de su preámbulo se hace hincapié en la falta de

[2] CALERO OLMO, JUAN BAUTISTA. *"La protección europea contra las cláusulas abusivas. Directiva 93/13/CEE y su integración en el marco regulatorio español"* Revista de ESTUDIOS INSTITUCIONALES de la UNED, VOL. 7, Nº 12 [Páginas 205-248].

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

armonización normativa en los estados miembros sobre la materia, en la necesidad de proteger al consumidor de las cláusulas abusivas y que tal armonización ofrece una protección más eficaz al consumidor.

Pues bien, el concepto que maneja la Directiva es el de "persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional" por contraposición al profesional que puede ser persona física o jurídica que actúa "dentro del marco de su actividad". No se contempla al consumidor persona jurídica. No obstante, el artículo 8 ha permitido a algunos Estados miembros, como España, extender parcialmente la protección a determinadas personas jurídicas siempre que actúen sin ánimo de lucro. Sin embargo, *en directivas más recientes se otorga libertad a los Estados Miembros para que puedan extender la aplicación de lo dispuesto en ellas a las personas jurídicas o físicas que no sean "consumidores" en el sentido de dichas normas, como ONGs, empresas emergentes o pequeñas y medianas empresas (Cdo 13 Dir. 2011/83, Cdo. 16 Dir. 2019/770 y Cdo. 21 Dir. 2019/771). Esa libertad otorgada a los Estados miembros puede utilizarse de tres modos: 1) mediante la extensión del concepto de consumidor, incluyendo en él a esos otros sujetos que menciona; 2) a través de la aplicación general del régimen legal, con independencia de la naturaleza del receptor de bienes o del contenido o servicios digitales; o 3) extendiendo la protección a otras categorías de personas, como las pequeñas y medianas empresas, sin considerarlas consumidores*[3].

### 3. El actual Texto Refundido

El RDL 1/2007, de 16 de noviembre (en su redacción original) no puso el foco en la personalidad jurídica sino en la finalidad: eran tan consumidores las personas físicas como las jurídicas, siempre que éstas actuasen en un ámbito ajeno a su actividad, bien empresarial, bien profesional. Sin embargo, mediante la modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU, se cambió la orientación de la norma, que en su artículo 3.1 se centra ya en identificar como consumidores, en general. a las personas físicas fuera del ámbito de su actividad, y, por excepción, a aquellas personas jurídicas y entes sin personalidad que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o comercial. Es decir, la norma vigente (no ha cambiado su redacción desde 2014) torna hacia la personalidad, primero, y a la finalidad, después, haciendo una excepción para determinadas personas jurídicas. ES DECIR, RESTRINGE NOTABLEMENTE EL CONCEPTO.

## II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y EL CRITERIO DE LA FINALIDAD

### 1. Hacia el consumidor persona física

Nuestro derecho positivo evoluciona en consonancia con el marco jurídico comunitario hacia un concepto más restrictivo vinculado a la personalidad jurídica, con algunos matices. La persona física como consumidor

[3] EVANGELIO LLORCA, RAQUEL. "*El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE*" Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 870-909.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

requiere de esa condición subjetiva, si bien no basta con tenerla, ya que es preciso, además. que el individuo no actúe dentro de un ámbito productivo. También requiere de un requisito funcional: actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Y en este marco, los conocimientos son irrelevantes: un profesional actuando al margen de su actividad es consumidor, con independencia de que su formación le confiera un nivel de conocimientos superior al del ciudadano medio.

Como decía con anterioridad, a diferencia de la normativa comunitaria en materia de consumo, el ordenamiento jurídico español sí permite que una persona jurídica lo pueda ser. Para ello marca dos requisitos: (i) ausencia de ánimo de lucro**,** lo que implica grandes limitaciones para las sociedades mercantiles y (ii) actuación en ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por ejemplo: si un taller de reparación de coches compra maquinaria para reparar vehículos, no es consumidor; si un abogado contrata una base de datos de consulta, tampoco lo será, puesto que en ambos casos se actúa en una actividad empresarial. Sin embargo, una comunidad de vecinos que contrata el mantenimiento de un ascensor sí es consumidora, dado que actúa sin ánimo de lucro. Algún autor, sin embargo, afirma que, partiendo de ese concepto tuitivo, no hay un concepto unívoco del término consumidor, sino tantos como ámbitos de protección[4].

## 2. ¿Pueden una sociedad mercantil o un comerciante acceder a la protección dedicada a los consumidores? Criterio de la finalidad

Tiene su dificultad para estas entidades y profesionales acceder a esta protección. Y eso ocurre en un país donde (según estadísticas oficiales) su tejido empresarial se compone de pymes y micropymes que, a mi juicio, no se puede soslayar que pueden estar en una clara posición de desventaja frente a los grandes predisponentes del mercado (entidades financieras, compañías de telecomunicaciones, grandes distribuidoras, etc.) a pesar de su forma societaria o de su actividad mercantil habitual. Según estadísticas oficiales, en España las pymes suponen el 99,8% de las empresas, representado un 62% del Valor Añadido Bruto (VAB) y el 66% del empleo empresarial total. Las pymes con asalariados suponen el 46% de las empresas, y emplean a más de ocho millones de trabajadores, lo que representa el 53,30% del empleo empresarial total[5].

Pues bien, la protección para estas entidades o profesionales se limita a las normas generales del derecho de la contratación (buena fe, autonomía de la voluntad, vicios del consentimiento, etc.). Bien es verdad que les asiste también el control de incorporación de la LCGC (primer filtro legal que deben superar las cláusulas no negociadas -condiciones generales- en un contrato para asegurar que el cliente haya tenido la oportunidad

[4] DOMÍNGUEZ CABRERA, MARÍA DEL PINO. *"Cooperativas y responsabilidad social empresarial: convergencia entre principios empresariales y valores sociales"* Diario LA LEY, Nº 10937, Sección Doctrina, 7 de Mayo de 2026.

[5] MARCO ESTRATÉGICO EN POLÍTICA DE PYME 2030. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://industria.gob.es/es-.es/Servicios/MarcoEstrategicoPYME/Marco%20Estrat%C3%A9gico%20PYME.pdf.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

real de conocerlas y entenderlas antes de prestar su consentimiento), pero no disponen de un régimen protector que sí asiste a otros colectivos que están en parecida posición de inferioridad en la contratación mercantil con esos grandes predisponentes.

La Sala Primera del TS, ya en la conocida sentencia nº 241/2013, de 9 de Mayo, señaló que el control de inclusión o incorporación de condiciones generales de la contratación, al amparo de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril, procede siempre que haya una cláusula contractual que tenga tal naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no (fundamento jurídico 11º)[6]. En consecuencia, deberán excluirse en todo caso y no quedarán incorporadas al contrato redactado de forma predispuesta por una de las partes las cláusulas que no estén redactadas conforme a los parámetros de transparencia, claridad, concreción y sencillez, o sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles[7].

Pero no parece suficiente, a mi juicio. De hecho, esa misma STS nº 241/2013 rechazó que el llamado control de abusividad pueda aplicarse a contratos en los que el adherente sea empresario o profesional, remitiéndose al "principio de libertad autonormativa" en función del artículo 1255 del CC (f. j. 10º). Y en observancia de este criterio, la STS nº 246/2014, de 28 de Mayo fijó como doctrina jurisprudencial, que *la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pese a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados)*[8]; y la STS nº 227/2015, de 30 de Abril, estableció que *en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente*[9].

Frente a este criterio, se manifestó el Excmo. Sr. ORDUÑA MORENO en su voto particular, formulado a la STS de Pleno 367/2016, de 3 de junio[10], que entendió procedente excluir al adherente no consumidor del control de transparencia. En lo que a este trabajo afecta, en el voto particular formulado concluye que *la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales (fundamento de derecho tercero y cuarto de la sentencia), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad*

6 STS 241/2013 de 9 de mayo, ID. Cendoj 28079119912013100009. ECLI:ES:TS:2013:1916.

7 AMAT ALCARAZ, EDUARDO, Notario de Puerto Lumbreras: https://notariabierta.es/sociedad-mercantil-caracter-consumidor/junio 13, 2017.

8 STS nº 246/2014 de 28 de mayo, ECLI:ES:TS:2014:2820 Id Cendoj: 28079110012014100321.

9 STS nº 227/2015 de 30 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1923. Id Cendoj: 28079110012015100238.

10 STS nº 367/2016 de 3 de junio, ECLI:ES:TS:2016:2550. Id Cendoj: 28079119912016100010.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*de la misma (abusividad/ incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios*.

Como vemos, no ha sido una cuestión exenta de polémica. Pero, dicho todo lo anterior, está claro que el criterio de la finalidad es, sin duda, el eje vertebrador del concepto de consumidor en todo el acervo comunitario y en el Derecho español. Es el elemento que verdaderamente identifica al consumidor como sujeto protegido, más allá del requisito subjetivo previo de ser persona física. Es la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2019 (C-630/2017) la que marca una interpretación restrictiva en el concepto de consumidor en relación con la posición de la persona en el contrato concreto y su finalidad, pudiendo ser considerada consumidor en unas operaciones y operador económico en otras[11].

La cuestión de si una sociedad mercantil o un empresario o profesional individual pueden acogerse a la tutela reforzada que el ordenamiento dispensa al consumidor exige distinguir dos cuestiones: la relativa a la naturaleza del contratante (persona física o jurídica, y -dentro de las jurídicas- con o sin ánimo de lucro) y la relativa a la finalidad concreta con la que se celebra el negocio jurídico. Es obvio que el derecho de sociedades supone que toda entidad de estas características tendrá siempre la consideración de empresario, por lo que quedan, por su propia configuración legal, fuera del ámbito subjetivo de aplicación del TRLGDCU.

En cambio, merecen distinto régimen las personas jurídicas sin ánimo de lucro (asociaciones, fundaciones…) y las entidades sin personalidad jurídica (por ejemplo, comunidades de bienes o de propietarios), respecto de las cuales el propio artículo 3 TRLGDCU sí reconoce la condición de consumidor cuando actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En cambio, en el caso de empresario o profesional persona física, no opera una exclusión automática, sino que ha de acudirse a un criterio estrictamente funcional: lo decisivo no es la condición personal del contratante, sino el ámbito en el que actúe en el contrato concreto.

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera nº 620/2017 declara que el artículo 3 TRLGDCU *se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente*[12], entendiendo que el ánimo de lucro de la persona física empresario o profesional no excluye necesariamente su condición de consumidor, ya que el tenor literal del precepto reserva esa exclusión únicamente a las personas jurídicas. Ahora bien, esa apreciación se ha de referir siempre a una operación concreta y aislada: si la actividad se desarrolla de modo regular y habitual, estaremos ya ante una actividad empresarial o profesional ex artículo 1 del C.Co. En consecuencia, lo

[11] *87. El concepto de «consumidor», en el sentido de los artículos 17 y 18 del Reglamento n.º 1215/2012, debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).*

[12] STS 620/2017 de 20 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:4064, Id Cendoj: 28079110012017100581.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

verdaderamente determinante es la finalidad funcional del concreto negocio jurídico, no la profesión u ocupación de quien lo celebra.

Pero la realidad es compleja: ¿qué ocurre con los contratos con doble finalidad, en los que la operación se destina simultáneamente a fines personales y profesionales? La LGDCU no lo soluciona, por lo que se ha sido necesario acudir al Considerando nº 17 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, conforme al cual *si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor*. A ello se añade la doctrina sentada por el TJUE en las sentencias *Gruber* (STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01) y *Schrems* (STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16), que exigen que el uso profesional sea «marginal e insignificante en el contexto global de la operación» para no excluir la condición de consumidor[13].

En la misma línea, la Sala Primera en la STS nº 479/2022 no reconoció la condición de consumidor al prestatario porque se destinó una cantidad importante del préstamo (alrededor de un 77 % del capital) a fines empresariales -cancelar otro anterior-[14]; por análogas razones, la STS nº 26/2022 la negó cuando dos tercios del préstamo se aplicaron a la adquisición de un local comercial y un tercio, a la cancelación de otro sobre una vivienda, de modo que la finalidad profesional no era marginal[15]. La STS nº 1594/2023, de 17 de noviembre, ha negado la condición de consumidor a quien solicita un préstamo hipotecario para financiar la sociedad mercantil de su hija, dedicada al negocio de hostelería, recordando que es irrelevante a estos efectos que el prestatario no fuese socio ni administrador de la sociedad financiada, o que fuese trabajador por cuenta ajena, pues *lo relevante es la finalidad de la operación que concertó como prestatario, que no es incompatible con el desarrollo de una actividad laboral por cuenta ajena*[16].

Examinando la jurisprudencia emanada al respecto, llama la atención el caso de una entidad religiosa, que carece, en esencia, de ese ánimo de lucro, pero que puede realizar determinadas actividades con contenido económico, como la explotación de un colegio. RIBÓN SEISDEDOS[17] estudia la STS Nº 436/2021, de 22 de junio en la cual Sala Primera reconoció explícitamente que una entidad religiosa ostenta la condición legal de consumidor, por cumplir los requisitos del art. 3 TRLGDCU. Contratado el suministro eléctrico con una gran compañía para diversos inmuebles (oficinas del arzobispado, seminario, un colegio diocesano), al dar por

[13] OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL. "*La protección de los consumidores cuarenta años después*".
[14] STS 479/2022 de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2333, Id Cendoj: 28079110012022100479.
[15] STS 26/2022 de 18 de enero, ECLI:ES:TS:2022:43, Id Cendoj: 28079110012022100018.
[16] STS 1594/2023 de 17 de noviembre, ECLI:ES:TS:2023:5014, Id Cendoj: 28079110012023101589.
[17] RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO, "*Entre procesiones y contratos: la protección de las entidades religiosas como consumidores".* Diario LA LEY, Nº 10913, Sección Tribuna, 27 de Marzo de 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

terminado el contrato antes de su vencimiento, la suministradora reclamó una indemnización por cláusula penal de desistimiento. El Juzgado dio la razón al Arzobispado, considerándolo consumidor y declarando abusiva la cláusula penal; pero la Audiencia Provincial, en apelación, revocó esa decisión al entender que el contrato se vinculaba a la actividad profesional de la diócesis y que, por tanto, esta no debía ser tratada como consumidora.

La Sala corrigió y reafirmó el estatus de consumidor del Arzobispado, con argumentos contundentes: (i) La diócesis es persona jurídica que carece de ánimo de lucro y no realiza actividad empresarial ni profesional alguna, por su propia naturaleza. (ii) El art. 3 TRLGDCU reconoce como consumidores a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que actúan en un ámbito ajeno a actividad comercial o empresarial, precepto que va más allá de la Directiva 93/13/CEE (cláusulas abusivas) –de mínimos–, permitiendo un nivel de protección más elevado. (iii) La jurisprudencia del TJUE, en sentencia de 14 de febrero de 2019 (asunto C-630/17, *Milivojević*), confirma que no puede negarse la cualidad de consumidor a quien reúna los requisitos subjetivos para serlo, incluso si es persona jurídica sin ánimo de lucro. (iv) No había prueba de que el destino del suministro eléctrico fuera una explotación empresarial. En consecuencia, el TS concluye que el Arzobispado *«se encuentra incluido en el ámbito subjetivo del artículo 3 TRLGDCU* como consumidor.

### 3. El consumidor vulnerable

El RDL 1/2021, de 19 de enero, dio nueva redacción al artículo 3 TRLGDCU incluyendo en la norma esta nueva figura jurídica en base a la apreciación de una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad. Aunque su contexto inmediato fue la crisis del COVID-19 que vino a evidenciar que no todos los consumidores podían asumir de igual manera la coyuntura de crisis generada, el alcance del precepto trasciende esa situación y se proyecta sobre el conjunto del Derecho de consumo en general. De hecho, se puede acudir a dos ejemplos recientes: el consumidor digital frente a las plataformas dominantes y el consumidor de energía eléctrica en el marco de la transición ecológica.

Es por ello por lo que la vulnerabilidad no está anudada exclusivamente a perfiles subjetivos del consumidor individualmente considerado (edad avanzada, discapacidad, escasa formación financiera, exclusión digital, situación económica precaria…), sino a que pueda predicarse también del contexto estructural del mercado en el que el consumidor interviene. Es lo que la doctrina más reciente ha denominado vulnerabilidad sectorial u objetiva: la posición de inferioridad deriva de la situación del sector en el que opera, caracterizado por asimetrías de posición, concentración de la oferta en pocas entidades, complejidad técnica o regulatoria del producto o servicio, o por una combinación de todos estos factores.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Recientemente, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2025, asunto C-34/24, caso Apple, referida al consumidor digital frente a las grandes plataformas en línea. Es un asunto de competencia judicial internacional y de Derecho antitrust; pero su importancia respecto del objeto de este trabajo está en los tres aspectos que aborda la sentencia, todos ellos críticos para la protección del consumidor digital: la ubicación del daño patrimonial en el espacio virtual, la legitimación activa de las asociaciones especializadas en defensa digital y la competencia internacional y territorial de los tribunales del Estado miembro afectado[18]. Examinada desde la óptica del art. 3.2 TRLGDCU, configura al consumidor digital como un sujeto cuya posición de subordinación le viene impuesta por la configuración del mercado de plataformas digitales, lo cual justifica una protección reforzada que es plenamente subsumible en la noción legal de vulnerabilidad sectorial. La asimetría entre la plataforma y el usuario individual no se explica por una característica subjetiva de éste, sino por una estructura de mercado en la que un único operador controla, simultáneamente, el dispositivo, el sistema operativo, la tienda de aplicaciones y el sistema de pagos; estructura frente a la cual la sola tutela individual deviene inoperante.

Otro ejemplo vinculado es el RD 88/2026, de 11 de febrero, sobre actividades minoristas del sector eléctrico, referido al consumidor de energía en el marco de la transición ecológica. Se enmarca en el proceso de adaptación del marco español de contratación y suministro de electricidad a la transición ecológica europea, a las reformas del sector energético y, muy señaladamente, al fortalecimiento progresivo de la protección del consumidor que viene impulsando el Derecho de la Unión desde la Directiva (UE) 2019/944, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. El conjunto del articulado revela una premisa implícita inequívoca: el consumidor de electricidad ocupa una posición de subordinación estructural frente a las comercializadoras en un mercado caracterizado por la complejidad técnica del producto, la opacidad y complejidad de la formación del precio, la concentración de la oferta en unos pocos sujetos predisponentes y la naturaleza esencial del suministro para una vida digna.

Las medidas más significativas que contiene son (i) la prohibición (cuando el consumidor sea persona física) de que el comercializador, o cualquier otra sociedad en su nombre, realice publicidad o prácticas de contratación no solicitadas por vía telefónica, salvo que medie petición expresa, inequívoca e informada o que la llamada haya sido originada por su propia iniciativa. La medida protege especialmente a los segmentos de población más expuestos a las prácticas comerciales agresivas vía telefónica -personas de edad avanzada o con escasa formación financiera- en relación con el artículo 3.2 TRLGDCU; (ii) reconoce al consumidor persona física el derecho a rescindir el contrato en cualquier momento sin cargo alguno por penalización, salvo en los

[18] TAPIA HERMIDA, ALBERTO "*El caso Apple: la defensa colectiva del consumidor digital. Sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 2025 (asunto C-34/24).* https://ajtapia.com/2025/12/el-caso-apple-la-defensa-colectiva-del-consumidor-digital-sentencia-del-tjue-de-2-de-diciembre-de-2025-asunto-c-34-24/.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

contratos a precio fijo antes de la primera prórroga anual; (iii) limita las penalizaciones máximas por rescisión cuando cause daños al comercializador al 5 % de la energía estimada pendiente de suministro; (iv) garantiza el acceso del consumidor a un comparador de precios gestionado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, alimentado con la información obligatoria que las comercializadoras deben remitir sobre nuevas ofertas o modificaciones de las existentes. Todas ellas con el fin de combatir la dificultad de comparar ofertas en un mercado con incontables combinaciones tarifarias y la consiguiente inercia que perpetúa relaciones comerciales desventajosas para los consumidores; (v) impone a comercializadoras, agregadores y distribuidores la obligación de disponer de servicios de atención al consumidor para resolver quejas y reclamaciones, y prevé la posibilidad de un defensor del cliente que debe ser gratuito para el consumidor y actuar con independencia de la empresa; (vi) establece la imposibilidad de corte de suministro a aquellos suministros declarados esenciales y regula con detalle el procedimiento de suspensión por impago para consumidores personas físicas en su vivienda habitual con potencia contratada igual o inferior a 10 kW.

La conexión con la noción legal de consumidor vulnerable es aquí explícita: estas previsiones operan como complemento del régimen del bono social regulado por el RD Decreto 897/2017 - que ya empleó la categoría de «consumidor vulnerable» y «consumidor vulnerable severo» antes del RDL 1/2021 -, en el que la pobreza energética se configura como manifestación arquetípica de la vulnerabilidad económica del consumidor. La conjunción del bono social, la prohibición de corte en suministros esenciales y el procedimiento reforzado de suspensión por impago en la vivienda habitual configura un verdadero subsistema de protección del consumidor vulnerable de energía eléctrica que opera, materialmente, como *lex specialis* respecto del art. 3.2 TRLGDCU.

## III. RESEÑA JURISPRUDENCIAL: SUPUESTOS CONCRETOS

Expuesto todo lo anterior, es bueno reseñar un elenco de resoluciones judiciales significativas de la Sala Primera del TS referidas a las cuestiones anteriores.

### 1. Interpretación restrictiva del concepto. Prueba de la condición de consumidor

**a)** STS nº 307/2019 de 3 de junio

*Hechos.*- Una sociedad cuyo objeto social era la construcción y explotación de edificaciones suscribió un préstamo hipotecario con una entidad para financiar una nave industrial. Las instancias le reconocieron condición de consumidora por no apreciar ánimo de lucro.

*Decisión de la Sala.*- Se casa la sentencia: el concepto de consumidor debe interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la posición en el contrato y la finalidad de este, no a la situación subjetiva del contratante de conformidad con la STJUE de 14/02/2019, C-630/17, *Milivojevic*. Solo los contratos celebrados fuera de toda

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

actividad profesional merecen la protección del consumidor, por lo que, al ser una sociedad mercantil que actuaba en su ámbito empresarial, se desestima la demanda.

**2. Sobre la doble finalidad**

**a)** STS nº 224/2017 de 5 de abril

*Hechos.-* Un particular suscribió un préstamo hipotecario de 540.000 € cuyo destino fue la reconstrucción de edificios en una finca que en parte servía de vivienda y en parte se dedicaba al alquiler de habitaciones y explotación ganadera. La AP de Vizcaya negó la condición de consumidor al prestatario.

*Decisión de la Sala.-* El TS confirma: en contratos con doble finalidad, el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE y la STJCE *Gruber* (C-464/01) exigen que el destino profesional sea no solo minoritario sino marginal o insignificante en el conjunto de la operación para reconocer la condición de consumidor, lo que no concurría dado el predominio de la finalidad empresarial.

**b)** STS nº 356/2018 de 13 de junio

*Hechos.-* Una persona física, ingeniero de telecomunicaciones, suscribió un préstamo hipotecario para adquirir una vivienda destinada a arrendamiento a terceros por temporadas, fuera de un marco profesional o empresarial organizado.

*Decisión de la Sala.-* El TS estima el recurso le reconoce la condición de consumidor: quien financia una inversión inmobiliaria puntual (compra para alquiler) sin integrarla en una estructura empresarial actúa en un ámbito ajeno a la actividad profesional; además, la profesión del cliente (ingeniero) nada aporta sobre sus conocimientos financieros ni sobre su conciencia previa de la cláusula suelo.

**c)** STS nº 26/2022 de 18 de enero

*Hechos.-* Un matrimonio suscribió un préstamo hipotecario con doble finalidad: parte personal y parte empresarial, siendo la finalidad empresarial la predominante según la base fáctica fijada por la AP de Sevilla.

*Decisión de la Sala.-* Reitera el criterio del destino empresarial mínimo o insignificante y confirma que, al ser la finalidad empresarial la preponderante, los prestatarios no pueden ser consumidores. Reafirma los criterios del control de incorporación de las condiciones generales.

**d)** STS nº 873/2022 de 9 de diciembre

*Hechos.* Unos prestatarios suscribieron un préstamo hipotecario cuyo capital ampliado se destinó a cancelar deudas empresariales de promoción inmobiliaria (45.000 €), construir un inmueble (24.000 €) y comprar un coche (19.000 €).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Decisión de la Sala.-* Confirma la denegación de la condición de consumidores: en contratos con doble finalidad, conforme al considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE y la jurisprudencia comunitaria (*Gruber*, *Schrems*); solo se reconoce la condición de consumidor cuando el destino profesional es marginal o insignificante, lo que no concurría en el caso dado que la parte empresarial era sustancial.

**e)** STS nº 1059/2024 de 22 de julio

*Hechos.* Préstamo multidivisa para financiar la compra de un inmueble destinado al turismo rural.

*Decisión de la Sala.-* El TS niega la condición de consumidores: la finalidad del préstamo era empresarial, pues la adquisición del inmueble se encuadraba en una actividad económica de explotación turística, no en la satisfacción de necesidades personales.

**3. Ánimo de lucro y vinculación funcional**

**a)** STS nº 728/2018 de 20 de diciembre

*Hechos.* Una SL constituyó hipoteca como garante no deudora de un préstamo de 3,3 millones de euros destinado a financiar una promoción de viviendas, y su presidente del consejo de administración intervino como fiador solidario.

*Decisión de la Sala.-* Niega a ambos la condición de consumidores: la sociedad tiene ánimo de lucro inherente y actuó en función de sus relaciones mercantiles con la prestataria; y el fiador, al ser administrador y apoderado de la hipotecante y administrador de la deudora, tiene un vínculo funcional con las partes conforme a los Autos del TJUE *Tarcău* y *Dumitras*.

**4. Cónyuges**

**a)** STS nº 594/2017 de 7 de noviembre

*Hechos.-* Un matrimonio en gananciales suscribió un préstamo hipotecario de 246.000 € cuya finalidad exclusiva era refinanciar deudas empresariales del marido (avales a su sociedad).
*Decisión de la Sala.-* Confirma la denegación de la condición de consumidor a ambos: el marido operaba en su ámbito empresarial; y la esposa, casada en gananciales, tenía vinculación funcional según los criterios del TJUE, conforme a los arts. 6 y 7 del Código de Comercio y artículo 1365.2 CC, ya que los bienes gananciales responden de las deudas del comercio ejercido con conocimiento y sin oposición del cónyuge.

**b)** STS nº 599/2020 de 12 de noviembre

*Hechos.* Cuatro fiadores solidarios garantizaron una póliza de crédito de una sociedad mercantil. Dos eran administradores y socios al 50% de la deudora, y los otros dos eran sus cónyuges respectivos, casados en separación de bienes conforme al Derecho civil catalán.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Decisión de la Sala.* Niega la condición de consumidor a los administradores-socios por vinculación funcional. Deja señaladas una serie de reglas que resumen la jurisprudencia anterior en la materia: (i) cuando el fiador es administrador o gerente de la persona jurídica deudora principal no puede tener la condición de consumidor, porque tiene vinculación funcional con dicha persona jurídica y, por tanto, con la operación financiera o crediticia; (ii) si el fiador tiene una participación significativa en la sociedad deudora, también tiene vinculación funcional y no puede ser consumidor; (iii) cuando el fiador es cónyuge en régimen de gananciales del deudor principal, tampoco es consumidor, porque responde de las deudas comunes y puede que participe de los beneficios de la sociedad en forma de dividendos, lo que supone vinculación funcional con la sociedad mercantil; (iv) cuando el fiador persona física no tiene cargo orgánico o societario alguno que le vincule con la sociedad deudora, no tiene una participación significativa en dicha sociedad, no responde de las deudas de su cónyuge en régimen de separación de bienes y no desempeña actividad profesional relacionada con la operación afianzada, sí puede tener la cualidad legal de consumidor. Respecto de los cónyuges en separación de bienes (al ser la primera vez que la Sala se pronuncia al respecto), la decisión innova al declarar que, a falta de consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil respecto de la actividad del cónyuge, no cabe negarles la condición de consumidores.

## 5. Fiadores

### a) STS nº 314/2018 de 28 de mayo

*Hechos.* Una SL suscribió un préstamo hipotecario para financiar circulante empresarial, con varios fiadores solidarios: tres socios al 25% (dos de ellos administradores) y una persona sin participación societaria ni cargo.

*Decisión de la Sala.* Establece las reglas de vinculación funcional del fiador: el concepto "gerencia" manejado por el TJUE debe entenderse que tiene vínculo funcional quien toma decisiones en la empresa. En cuanto a los socios con participación significativa, lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza. Por tanto, los administradores y los socios con participación significativa que actúan como fiadores no son consumidores. Sin embargo, la fiadora sin vínculo orgánico ni societario sí tiene condición de consumidora, declarándose la cláusula suelo ineficaz únicamente respecto de ella.

### b) STS nº 820/2021 de 29 de noviembre

*Hechos.* Un fiador solidario sin vinculación funcional con la sociedad deudora impugnó la cláusula de solidaridad y la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*Decisión de la Sala.* Reitera la doctrina sobre la autonomía contractual de la fianza y la aplicabilidad de la Directiva 93/13 al fiador consumidor que actúa en un ámbito ajeno a su actividad, y profundiza en el control de transparencia de las cláusulas de renuncia.

**6. Comunidades de Propietarios**

**a)** STS nº 201/2021 de 13 de abril

*Hechos.* Se contrató un servicio de conserjería cuyo contrato incluía una cláusula penal que prohibía contratar al personal de la prestadora durante un año tras la extinción del contrato.
*Decisión de la Sala.* El TS reconoce expresamente la condición de consumidora de la CP, tanto bajo la LGDCU de 1984 como bajo el texto reformado por la Ley 3/2014 (que incluyó a las entidades sin personalidad jurídica), y a la luz de la STJUE de 02/04/2020 (*Condominio di Milano*), que permite a los Estados miembros extender la protección de la Directiva 93/13 a sujetos no comprendidos en ella.

**7. Asociaciones deportivas y recreativas**

**a)** STS nº 232/2021 de 29 de abril

*Hechos.* Una entidad deportiva sin ánimo de lucro suscribió un préstamo hipotecario para mejoras en sus instalaciones. La entidad bancaria negó su condición de consumidora alegando que gestionaba instalaciones deportivas y organizaba eventos (actividad económica con alta en IAE).
*Decisión de la Sala.* Confirma que la asociación es consumidora: dedicar el préstamo a mejorar instalaciones no implica ánimo de lucro; además, estaba acogida al régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos. Para negársela habría que haber acreditado una explotación económica de las instalaciones, lo que no constaba probado.

**b)** STS nº 1556/2023 de 13 de noviembre

*Hechos.* Una asociación recreativa sin ánimo de lucro suscribió un préstamo hipotecario para trasladar un bar a la planta baja de un local de su propiedad, que era cedido en alquiler a terceros para servicio exclusivamente destinado a los socios.
*Decisión de la Sala.* La reconoce como consumidora: los ingresos por alquiler del bar tenían carácter residual e instrumental respecto de los fines asociativos, sin constituir una explotación económica relevante, por lo que la asociación actuaba sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

**8. Entidades religiosas**

**a)** STS nº 436/2021 de 22 de junio

*Hechos.* El Arzobispado de Burgos suscribió dos contratos de suministro eléctrico que incluían una cláusula de penalización por desistimiento anticipado. La AP de Burgos negó la condición de consumidor al Arzobispado

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

presumiendo que los suministros, prestados en oficinas, seminario y colegio, se destinaban a actividad profesional.

*Decisión de la Sala.* Casa la sentencia: el Arzobispado, como entidad religiosa con personalidad jurídica civil que carece de ánimo de lucro, está incluido en el art. 3 TRLGCU; la AP presumió sin base probatoria que el suministro se destinaba a fines empresariales. Reconocida su condición de consumidor, el desistimiento no puede ser penalizado (arts. 62.3 y 87.6 TRLGCU).

## IV. CONCLUSIONES

**1º.** En un contexto de desequilibrio en la contratación en masa, surgió la necesidad de proteger al colectivo de consumidores frente a los grandes predisponentes del mercado. Centrada la protección en el destinatario de los bienes y servicios, la normativa europea se centró en el consumidor persona física. En el ámbito interno español, la legislación evolucionó hacia el criterio de la finalidad para proteger a las personas físicas, en general, y únicamente a determinados profesionales y personas jurídicas cuando actúan sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad.

**2º.** Respecto de empresarios, profesionales y otros entes con personalidad jurídica lo decisivo no es la condición personal del contratante, sino en ámbito en el que actúe en cada caso concreto, evitando exclusiones automáticas. En los contratos con doble finalidad, debe acudirse a la finalidad de la operación concreta para negar o aceptar la condición de consumidor en cada caso.

**3º.** A raíz del contexto económico surgido de la crisis del COVID-19 se introdujo en el ordenamiento interno español la figura del consumidor vulnerable, figura no anudable exclusivamente a perfiles subjetivos, sino a situaciones estructurales de mercado donde ese consumidor interviene. En 2026 se ha promulgado un RD que tiene como finalidad la protección en el sector eléctrico que introduce una muy pormenorizada serie de cautelas encaminadas a paliar la posición de subordinación en un sector marcado por la complejidad del producto, la complejidad en la formación del precio y la concentración de la oferta.

**4º.** La jurisprudencia ha examinado gran diversidad de casos particulares dudosos al respecto de la apreciación de la condición de consumidor. Para ser considerado consumidor, el destino profesional debe ser marginal o insignificante en el conjunto de la operación. No cabe el destino a satisfacer necesidades empresariales. Las sociedades mercantiles no ostentan la condición de consumidor pues tienen, per se, ánimo de lucro y se presume el destino empresarial de sus operaciones. En matrimonios, prevalece el criterio de la vinculación funcional cuando uno de los cónyuges opera en el ámbito profesional o empresarial, denegándose la condición de consumidor, salvo en el caso de personas casadas en separación de bienes, respecto de las cuales debe constar el consentimiento expreso. Los administradores y los socios con participación significativa que actúan como fiadores no son consumidores, salvo que no tengan

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

vinculación funcional con la sociedad de que se trate. Otros entes como comunidades de propietarios, clubes recreativos, asociaciones deportivas o entidades religiosas tienen la consideración de consumidores, salvo que conste acreditado que actúan sin ánimo de lucro en la operación de que se trate, si bien deben examinarse las circunstancias de cada caso.

## V. JURISPRUDENCIA

(por orden de cita)

STS nº 241/2013 de 9 de mayo, ECLI:ES:TS:2013:1916. STS nº 246/2014 de 28 de mayo, ECLI:ES:TS:2014:2820. STS nº 227/2015 de 30 de abril, ECLI:ES:TS:2015:1923. STS nº 367/2016 de 3 de junio, ECLI:ES:TS:2016:2550. STS nº 620/2017 de 20 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:4064. STS nº 479/2022 de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2333. STS nº 26/2022 de 18 de enero, ECLI:ES:TS:2022:43. STS nº 1594/2023 de 17 de noviembre, ECLI:ES:TS:2023:5014. STS nº 307/2019 de 3 de junio. ECLI:ES:TS:2019:1727. STS nº 224/2017 de 5 de abril. ECLI:ES:TS:2017:1342. STS nº 356/2018 de 13 de junio. ECLI:ES:TS:2018:2193. STS nº 26/2022 de 18 de enero. ECLI:ES:TS:2022:43. STS nº 873/2022 de 9 de diciembre. ECLI:ES:TS:2022:4524. STS nº 1059/2024 de 22 de julio. ECLI:ES:TS:2024:4159. STS nº 728/2018 de 20 de diciembre. ECLI:ES:TS:2018:4358. STS nº 594/2017 de 7 de noviembre. ECLI:ES:TS:2017:3956. STS nº 599/2020 de 12 de noviembre. ECLI:ES:TS:2020:3631. STS nº 314/2018 de 28 de mayo. ECLI:ES:TS:2018:1901. STS nº 56/2020 de 27 de enero. ECLI:ES:TS:2020:164. STS nº 820/2021 de 29 de noviembre. ECLI:ES:TS:2021:4376. STS nº 201/2021 de 13 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1349. STS nº 232/2021 de 29 de abril. ECLI:ES:TS:2021:1519. STS nº 1556/2023 de 13 de noviembre. ECLI:ES:TS:2023:4647. STS nº 436/2021 de 22 de junio. ECLI:ES:TS:2021:2498.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL. "*La protección de los consumidores cuarenta años después*" Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XL (2019-2020). Ed. Marcial Pons. ISBN: 978-84-1381-154-3.

CALERO OLMO, JUAN BAUTISTA. *"La protección europea contra las cláusulas abusivas. Directiva 93/13/CEE y su integración en el marco regulatorio español"* Revista de ESTUDIOS INSTITUCIONALES de la UNED, VOL. 7, Nº 12.

EVANGELIO LLORCA, RAQUEL. "*El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE*" Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567.

DOMÍNGUEZ CABRERA, MARÍA DEL PINO. *"Cooperativas y responsabilidad social empresarial: convergencia entre principios empresariales y valores sociales"* Diario LA LEY, Nº 10937, Sección Doctrina, 7 de Mayo de 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

MARCO ESTRATÉGICO EN POLÍTICA DE PYME 2030. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://industria.gob.es/es-.es/Servicios/MarcoEstrategicoPYME/Marco%20Estrat%C3%A9gico%20PYME.pdf

AMAT ALCARAZ, EDUARDO, Notario de Puerto Lumbreras: https://notariabierta.es/sociedad-mercantil-caracter-consumidor/junio 13, 2017.

TAPIA HERMIDA, ALBERTO "*El caso Apple: la defensa colectiva del consumidor digital. Sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 2025 (asunto C-34/24).* https://ajtapia.com/2025/12/el-caso-apple-la-defensa-colectiva-del-consumidor-digital-sentencia-del-tjue-de-2-de-diciembre-de-2025-asunto-c-34-24/.

RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO, "*Entre procesiones y contratos: la protección de las entidades religiosas como consumidores".* Diario LA LEY, Nº 10913, Sección Tribuna, 27 de Marzo de 2026.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# Doctrina - Jurisprudencia Social y Contencioso Administrativa

## LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE A PARTIR DE SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

*Ignacio Ferreras Urdiales*

Abogado habilitado en la Abogacía del Estado en la C.A. del País Vasco

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. El derecho al medio ambiente como derecho subjetivo de naturaleza constitucional. III. El derecho al medio ambiente en el marco de la Unión Europea. IV. La tutela efectiva del derecho al medio ambiente. 1 La tutela en el ámbito comunitario. 2. La tutela reflexiva o por rebote. 3. La tutela en el ámbito nacional. V. La eficacia ejecutiva de las Sentencias climáticas. VI. Conclusión. VII. Bibliografía / Jurisprudencia*

### I. INTRODUCCIÓN

Tras la introducción en la Carta Magna del derecho de todos a disfrutar del medio ambiente en el artículo 45 (en lo sucesivo CE) como principio rector de la política social y económica, es evidente que, pese a su continuo estudio doctrinal, no se ha conseguido fijar una posición uniforme sobre su naturaleza jurídica y eficacia normativa.

Eso sí, en lo que no existe controversia es sobre la dicotomía derecho / deber que contiene el art. 45 CE, ya que de un lado establece el derecho a disfrutar del medio ambiente, conectándolo con el desarrollo personal y sometiendo a los poderes públicos al cumplimiento del deber de proteger y garantizar el ejercicio del derecho y, por otro, impone un deber colectivo de protección sobre el aludido medio ambiente.

### II. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO SUBJETIVO DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

Si bien se puede señalar que el Tribunal Constitucional le ha negado expresamente al medio ambiente la calificación de derecho fundamental (STC 199/1996, de 3 de diciembre), limitándose a constatar su carácter de principio rector, del que puede derivar una cierta tutela judicial, lo cierto es que los últimos movimientos de nuestra TC invitan al optimismo en cuanto al marco de protección y tutela de medio ambiente. Pero vayamos por partes.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Tomando como punto de partida su consideración como principio rector, el legislador ha venido abordando la regulación en materia de medio ambiente. Ahora bien, tal y como nos avanza PÉREZ SOLA, Nicolas[1], el legislador no ha querido avanzar en la exigibilidad ante los poderes públicos de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad.

Incluso las normas ambientales más recientes no han incorporado reconocimiento alguno a un derecho subjetivo al medio ambiente que posibilitara su accionabilidad ante los poderes públicos, demandando la adopción, por éstos, de medidas conducentes a la preservación del patrimonio natural, la biodiversidad, la calidad del aire, etc.

En efecto, nada se dice en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad sobre su eventual eficacia, ya que se limita a señalar como objeto, la regulación del régimen jurídico básico de la conservación sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 1).

Por otro lado, la exposición de motivos de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, nos anuncia un reconocimiento subjetivo del derecho al medio ambiente que se concreta en el derecho de los ciudadanos a "exigir a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para preservar la pureza del aire dentro de unos límites que no comprometan su salud y la protección del medio ambiente", para añadir a continuación, que "en la misma medida se nos debe demandar a todos la obligación de preservar y respetar este recurso natural". Pero esta declaración no se ve proyectada en el articulado de la norma a través de un precepto explícito del que se derive un contenido obligacional.

El interrogante que se nos plantea, a la vista de lo hasta ahora argumentado, es si el derecho al medio ambiente, con fundamento en su reconocimiento constitucional ex art. 45 CE, se configura como un verdadero derecho subjetivo.

Pues bien, en respuesta al interrogante planteado, se puede afirmar que, efectivamente, estamos ante un derecho subjetivo, de reconocimiento constitucional y configuración legal que posibilita la protección judicial ordinaria (art. 53.3 CE) a través del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), unido al mandato legal a los jueces y tribunales de proteger los derechos e intereses legítimos (arts. 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; en lo sucesivo LOPJ) y a la acción popular (art. 19.1 LOPJ) en los casos y formas previstos en las leyes ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en lo sucesivo LJCA).

[1] PÉREZ SOLA, NICOLAS; La Tutela Ambiental: Reflexiones para un debate; Revista AC Asuntos Constitucionales; julio-diciembre 2021, núm. 1; Pp. 131-150.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En consecuencia, la caracterización del Medio Ambiente como derecho subjetivo con fundamento en el art. 45 de nuestra Carta Magna, ha tenido favorable acogida en la doctrina científica y jurisprudencial. Eso sí, dada la débil protección del mismo, a juzgar por su ubicación en el Capítulo III, su impreciso contenido, las novedosas formas que plantea su titularidad colectiva, el objeto sobre el que recae y poniendo en valor su dimensión procedimental, no existe una posición homogénea sobre su proyección y alcance, ya que del enunciado del art. 45 CE no se deduce un contenido esencial ni, tampoco, un reconocimiento jurídico que permita su invocación ante los tribunales.

## III. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A nivel comunitario – recordemos que el artículo 10.2 CE que preside el Título I "De los Derechos y Deberes fundamentales" obliga a interpretarlos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España – debemos comenzar por el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo TUE) en cuanto que establece que "la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente".

En el mismo sentido, el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo TFUE) introduce el principio general de integración ambiental, mediante el cual, "las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible".

Por último, el art. 191 TFUE viene a completar el sistema mediante la incorporación de una serie de objetivos-principios:

- El apartado 1.º se refiere a: *a)* la conservación, salvaguarda y mejora de la calidad del medio ambiente; *b)* la protección de la salud de las personas; *c)* la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y *d)* el fomento de medidas internacionales destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales.
- El apartado 2.º reafirma el propósito de alcanzar "un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga".

Por su parte el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo CDFUE), proclama el principio de protección del medio ambiente, incluyendo como parte de su contenido los

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

principios incluidos en el art. 191 TFUE, correspondientes al nivel de protección elevada y al desarrollo sostenible.

A los efectos de otorgarle el necesario soporte, la propia doctrina ha referenciado la protección del medio ambiente con otros preceptos consagrados en el articulado de la Carta, siendo sencillo establecer conexiones con, entre otros, el derecho a la salud (art. 35), el derecho a una buena administración (art. 41) o, desde una vertiente más procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

Por otro lado, es fundamental tener en cuenta que, según el art. 4.2.e) TFUE, el medio ambiente constituye una competencia compartida entre la propia Unión Europea y los Estados Miembros y, en consecuencia, tal y como preconiza el artículo 5.1 TUE, debe regirse a través de los principios de proporcionalidad y subsidiaridad.

## IV. LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

### 1. La tutela en el ámbito comunitario

Entrando ya en el estricto campo de la tutela del derecho, debemos señalar que ordenamiento comunitario otorga una intensa protección al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – en lo sucesivo CEDH), en la medida que dicho derecho ha de quedar garantizado ante un juez. Lo anterior es confirmado por el literal del art. 19.1. párrafo 2º TUE, en cuanto que establece el deber de los Estados miembros de prever "las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión".

Entrando al examen del art. 47 CDFUE con la vista puesta en ampliar el alcance del art. 37 del meritado texto legal, PULGAR LANZACO, Mónica[2] se plantea el siguiente interrogante: ¿Cabría contemplar aquel precepto como puente de potenciación de los derechos procesales ambientales con respecto a la flexibilización de los requisitos de legitimidad? La búsqueda de soluciones le lleva a moverse del marco legislativo al estadio judicial, en cuya sede defiende la necesidad de una lectura verde de la Carta que se proyecte sobre el referido art. 47 CDFUE en cuanto a la Tutela Judicial Efectiva.

Tal y como establece el meritado precepto "toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo". A ello se suma el contenido del citado art. 52.1 de la Carta, de suerte que "cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades…".

[2] PULGAR LANZACO, Mónica; "Hacia una protección elevada del medio ambiente en la Unión Europea: aspectos constitucionales en materia de acceso a la justicia" en "La Efectividad de la Carta De Derechos Fundamentales de la Unión Europea"; ARZOZ SANTISTEBAN y otros autores; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Madrid, 2025; Pp. 271-298.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Según sostiene PULGAR LANZACO, una interpretación literal del precepto nos llevaría a formular una respuesta rotundamente negativa, lo que no haría sino confirmar la aparente falta de justiciabilidad del art. 37 CDFUE. A partir, de ello, mantiene, con brillante audacia, que se ha de acudir a una lógica sistemática que permita ampliar el foco a los Tratados constitutivos y, muy en particular, al principio de integración ambiental contenido en el art. 11 TFUE; mandato que, por lo pronto, debe estudiarse en conjunción con los arts. 37 y 47 CDFUE, 19 TUE y 191 TFUE.

El amplio alcance del principio de integración ambiental - el cual, dicho sea de paso, goza de eficacia directa - queda reflejado, entre otras, en la STJUE de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2018 – corresponde a los asuntos acumulados C-626/15 y C-659/16; Comisión Europea contra Consejo de la Unión Europea –, donde, en su apartado 101, se clarifica que, "en virtud del art. 11 TFUE, las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión (…). En efecto, si bien es cierto que la Unión debe cumplir este artículo cuando ejerce una de sus competencias, no lo es menos que la política medioambiental se contempla explícitamente en los Tratados como un ámbito de competencia autónomo y, en consecuencia, cuando la finalidad y la componente principales de una medida corresponden a este ámbito de competencia, tal medida debe ser considerada a su vez comprendida en él".

Nada impediría, según mantiene la autora, defender la extrapolación de dicho razonamiento al aspecto más determinante para garantizar la protección ambiental, es decir, el acceso a la justicia. Es más, cabe sostener que esta misma metodología podría aplicarse por analogía al art. 19.1 párrafo 2º TUE.

## 2. La tutela reflexiva o por rebote

Ciertamente, se ha venido avanzando, y no poco, en el marco de la defensa de del medio ambiente. Pero ese avance no se ha materializado, en cuanto a su desarrollo, de una manera directa, sino a través de lo que se ha llamado la tutela reflexiva.

La tutela reflexiva o por rebote es un concepto que se refiere a la protección indirecta de derechos no reconocidos expresamente en una norma; esto es, a través de su vinculación con otros derechos que sí están garantizados en el texto. Esta práctica ha sido asumida por algunos tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CIDH), el Tribunal Penal Internacional, e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La cuestión es que los tribunales no tienen la capacidad para crear y reconocer nuevos derechos fuera de la normativa reguladora que aplican, pero en estos casos han empleado una interpretación evolutiva y extensiva para proteger derechos no explícitamente mencionados, derivándose de derechos existentes.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

A modo de ejemplo, el TEDH ha vinculado el derecho a la protección del medio ambiente con otros derechos como el derecho a la vida (art. 2 CEDH) o el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). La Corte IDH, a través de la Opinión Consultiva OC-23/17 reconoció la conexión entre el derecho a un medio ambiente sano con el derecho a la vida (art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH en adelante), la integridad personal (art. 5 CADH) y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26 CADH).

Ahora bien, no podemos interpretar esta suerte de "huida" de la literalidad de la norma como un instrumento para sortear la separación de poderes, hasta el punto de situar a un poder técnico (no ideológico), como el judicial, en la posición de legislador positivo. Uno de los casos más destacados en Estados Unidos que aborda la cuestión de la separación de poderes en el contexto de la regulación climática es West Virginia v. Environmental Protection Agency (EPA). En esta sentencia de 30 de junio de 2022, el Tribunal Supremo de Estados Unidos limitó la autoridad de la Agencia de Protección Ambiental (EPA en sus siglas en inglés) para regular las emisiones de gases de efecto invernadero de las centrales eléctricas. El Tribunal argumentó que decisiones de tal magnitud y alcance económico deben ser tomadas por el Congreso, no por una agencia administrativa, enfatizando así la importancia de la separación de poderes y remarcando su posición de tutela garantista.

Y con ello llegamos, en el marco de la Unión Europea, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* [Asociación suiza de abuelas por el clima y otros contra Suiza. Sentencia (Gran Sala) de 9 de abril de 2024. Demanda n. 53600/20].

En ella se concluye que la inacción contra el cambio climático implica una violación a los derechos humanos, ya que las autoridades suizas no actuaron de manera oportuna y adecuada para concebir, redactar y aplicar la legislación y las medidas pertinentes. Es decir, Suiza no ha cumplido con sus objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

La Sentencia dispone, por 16 votos a favor y uno en contra, que Suiza violó el art. 8 que protege el derecho a la vida privada y familia. El art 8 del CEDH consagra el derecho a una protección eficaz por parte de las autoridades contra los efectos adversos graves del cambio climático para la vida, la salud el bienestar y la calidad de vida.

El voto disidente fue emitido por el juez británico Tim Eicke, razonando que "este derecho, recién creado, a una protección efectiva por parte del Estado no tiene ningún fundamento en el artículo 8"

Especial importancia tiene la unanimidad alcanzada en cuanto a la apreciación de concurrencia de violación del art. 6 CEDH – Derecho a un proceso judicial equitativo –, toda vez que los órganos jurisdiccionales del país no examinaron el fondo de las alegaciones de las demandantes. Esta conclusión nos sitúa en un plano en el

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

que cabe exigir a los tribunales de los Estados miembros que se pronuncien sobre cuestiones que, prima facie, puedan exceder de la literalidad del derecho a la protección del medio ambiente.

Así la Sentencia concluye que "Los Estados tienen el deber de adoptar y aplicar efectivamente en la práctica reglamentos y medidas capaces de mitigar los efectos existentes y los efectos futuros potencialmente irreversibles del cambio climático". Es decir, el Tribunal declara que el estado demandado – Suiza – "incumple las obligaciones positivas que le impone el artículo 8 del Convenio".

### 3. La tutela en el ámbito nacional

Descendiendo al ámbito específico de nuestro país, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni en la del Tribunal Supremo hay precedente equivalente al asunto *Verein Klima Seniorinnen Schweiz*.

Eso sí, conviene referenciar la STC 102/1995, de 26 de junio, donde se reconoce la protección ambiental a través de la acción popular. Por su parte la STC 73/2000, de 14 de marzo, reafirma la postura, identificando a la acción popular como un instrumento clave para la tutela del medio ambiente. En la STC 273/2000, de 15 de noviembre, el Tribunal Constitucional avaló la legitimación de una asociación para impugnar decisiones con efectos ambientales, aun sin perjuicio directo. En el mismo sentido cabe señalar que el Tribunal Supremo, en la STS 3186/2017, de 4 de mayo, reconoció la legitimación de Greenpeace para recurrir una decisión relativa a materia energética y climática.

Por último, cabe destacar, por su extraordinaria importancia, la demanda que presentaron un conjunto de asociaciones conformado por Ecologistas en Acción, Greenpeace, Oxfam Intermón, Fridays For Future y la Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo, contra el Gobierno español por inacción frente al cambio climático.

El 24 de julio de 2023, la demanda fue desestimada por el Tribunal Supremo mediante STS 1079/2023, y el 24 de junio de 2024, los demandantes plantearon recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, argumentando que la ausencia de medidas específicas supone una vulneración de los derechos fundamentales regulados en la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El recurso fue admitido en diciembre de 2024 por el TC al considerar la especial trascendencia constitucional en relación con los derechos fundamentales afectados. Como nos avanza MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro[3], el contexto judicial esbozado se asemeja en gran medida a las cuestiones y elementos planteados en el asunto *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*.

[3] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro; "El derecho a la protección del medio ambiente a través de la judicialización del cambio climático: principios ambientales y activismo judicial"; Estudios de Deusto
Revista de Derecho Público, Vol. 73/1 enero-junio 2025. Pp. 269-298

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En cualquier caso, la admisión a trámite es de gran relevancia judicial siendo la primera vez que el TC español va a valorar los efectos que el cambio climático puede tener sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lo anterior no obstante, no podemos perder de vista que, si bien este mecanismo de la tutela reflexiva es particularmente interesante ante la ausencia de un marco regulador exhaustivo y armónico, hay autores, como HEISKANEN H.E.[4], que ponen especial énfasis en las limitaciones que presenta este enfoque antropocéntrico, ya que, a través de la este tipo de tutela, sólo se protege el medio ambiente en la medida en que su deterioro pueda afectar a las personas y otros derechos, es decir, sin reconocerlo como un bien jurídico autónomo.

Del mismo modo HEISKANEN nos recuerda que este enfoque puede limitar la protección efectiva del medio ambiente, toda vez que, el daño ecológico, en sí mismo, no es motivo suficiente para la intervención de un tribunal internacional.

Es decir, si bien la tutela reflexiva es un primer paso de extraordinaria importancia, debemos seguir avanzando hacia una tutela judicial efectiva integral que supere esa visión antropocéntrica.

## V. LA EFICACIA EJECUTIVA DE LAS SENTENCIAS CLIMÁTICAS

Por último, no podemos cerrar este análisis, sin hacer mención a la tutela efectiva de las sentencias climáticas en cuanto a su eficacia ejecutiva, ya que las resoluciones dictadas en este concreto marco presentan no pocos problemas de efectividad práctica.

Así, según nos ilustra MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro[5], las sentencias climáticas "no siempre son vinculantes", hasta el punto de "carecer de mecanismos coercitivos que garanticen su cumplimiento".

En el citado asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz v. Suiza* de 2024, el TEDH no determina sanciones concretas ni obliga a un plan específico de reducción de emisiones. Sin embargo, para considerar que la Sentencia se cumple de forma efectiva, obliga al Estado a aplicar medidas comprometidas que deberán remitirse al Comité de Ministros del Consejo de Europa, para su control y seguimiento.

De este modo el TEDH:

1) Otorga discrecionalidad al Estado para la adopción de medidas que respeten el CEDH;
2) Otorga la capacidad al Comité para la revisión y determinación del cumplimiento efectivo de la resolución.

Por lo tanto, el Comité es órgano legitimado para instar ante el TEDH que se declare el incumplimiento de la Sentencia.

Otras sentencias se centran en adoptar medidas sancionadoras sin pretender cambios estructurales en las políticas ambientales. Por ejemplo, en el asunto Tătar contra Rumanía (2009), el TEDH reconoció el impacto

[4] HEISKANEN, H. E., Towards greener human rights protection, Tampere University Press, Tampere, 2018.
[5] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro; "El derecho a la protección del medio ambiente…" Op. Cit.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

del desastre ambiental en Baia Mare (Capital del Distrito de Maramures – Rumanía), pero solo otorgó una reparación simbólica, sin ordenar reformas ambientales.

Los Estados se amparan en que la regulación climática es una cuestión de soberanía nacional que se encuentra sometida en exclusiva a su potestad legislativa y reglamentaria, no pudiendo los Tribunales Internacionales imponer acciones específicas. Ejemplo claro de ello es, como ya avanzamos líneas arriba, el asunto West Virginia v. EPA de 2022, donde el Tribunal Supremo de EE.UU. limitó la capacidad de la Agencia de Protección Ambiental para regular políticas de emisiones sin la aprobación del Congreso.

Por otro lado, no debemos dejar de lado que la posible extralimitación de competencias por parte del poder judicial en esta materia, sin la conveniente cooperación entre los diferentes poderes, puede derivar en una falta de voluntad política o estrategias dilatorias o insuficientes para implementar las resoluciones judiciales.

Finalmente, no existen organismos internacionales con poder suficiente para supervisar el cumplimiento de sentencias climáticas, excepción hecha de la propia Unión Europea, que sí tiene capacidad relativa para hacer efectivas las resoluciones del TJUE a través de sanciones. En el asunto Leghari v. Pakistan de 2015, se creó una comisión de supervisión para comprobar la implementación de medidas climáticas urgentes, pero con limitada capacidad al no contar con mecanismos de sanción.

## VI. CONCLUSIÓN

En consecuencia y a modo de conclusión, los avances en la consolidación de una tutela judicial del medio ambiente son evidentes y destacables, sin embargo, la eficacia de las resoluciones climáticas continúa asociada a la ausencia de mecanismos coercitivos que garanticen su cumplimiento y su impacto real.

Como brillantemente expone MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro[6], "uno de los principales desafíos en la gobernanza climática actual es avanzar desde una protección ambiental indirecta, basada en la tutela reflexiva, hacia un modelo de tutela efectiva que garantice verdaderos mecanismos de exigibilidad".

La progresiva vinculación del medio ambiente con derechos humanos reconocidos, ha permitido reforzar su defensa en el ámbito jurídico, pero este enfoque sigue siendo insuficiente para la salvaguarda integral de los ecosistemas y los derechos de las generaciones futuras.

Para lograr una protección que no dependa de interpretaciones expansivas del derecho, resulta esencial el reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo con plena eficacia jurídica.

Este cambio no solo exige una reforma normativa a nivel internacional, sino también una reconsideración del papel del poder judicial en el diseño de políticas climáticas, evitando que su intervención implique un

[6] MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro; "El derecho a la protección del medio ambiente…" Op. Cit.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

desplazamiento del legislador y fomentando una colaboración estructurada entre los distintos poderes del Estado.

## VII. BIBLIOGRAFÍA/JURISPRUDENCIA

**Bibliografía**

HEISKANEN, H. E., Towards greener human rights protection, Tampere University Press, Tampere, 2018.

MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro; "El derecho a la protección del medio ambiente a través de la judicialización del cambio climático: principios ambientales y activismo judicial"; Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, Vol. 73/1 enero-junio 2025.

PÉREZ SOLA, NICOLAS; La Tutela Ambiental: Reflexiones para un debate; Revista AC Asuntos Constitucionales; julio-diciembre 2021, núm. 1.

PULGAR LANZACO, Mónica; "Hacia una protección elevada del medio ambiente en la Unión Europea: aspectos constitucionales en materia de acceso a la justicia" en "La Efectividad de la Carta De Derechos Fundamentales de la Unión Europea"; ARZOZ SANTISTEBAN / PULGAR LANZACO y otros autores; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Madrid, 2025.

**Jurisprudencia**

STC 199/1996, de 3 de diciembre.

STJUE de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala) de 20 de noviembre de 2018 – corresponde a los asuntos acumulados C-626/15 y C-659/16; Comisión Europea contra Consejo de la Unión Europea –.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de EEUU de 30 de junio de 2022, asunto West Virginia v. EPA.

STEDH de 9 de abril de 2024 – Gran Sala – (Asociación suiza de abuelas por el clima y otros contra Suiza. Demanda n. 53600/20).

STC 102/1995, de 26 de junio.

STC 73/2000, de 14 de marzo.

STC 273/2000, de 15 de noviembre.

STS 3186/2017, de 4 de mayo.

STS 1079/2023, de 24 de julio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA APLICABILIDAD DE LAS PREVISIONES DEL ART. 63.3 DE LA LEY 39/2015 Y EL MODO DE EFECTUARLO EN LOS PROCEDIMIENTOS MUNICIPALES SANCIONADORES EN MATERIA DE TRÁFICO. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*Francisco Javier Jiménez Fernández*

Jefe del Servicio Movilidad. Coordinación General de Movilidad, Protección Ciudadana, Agenda Urbana, Sostenibilidad y Fondos Europeos Concejalía de Movilidad, Protección Ciudadana, Agenda Urbana, Sostenibilidad y Fondos Next Generation Ayuntamiento de Granada

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Ejecutividad de la infracción. III. Reincidencia en infracciones vs. infracción continuada. IV. Doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 63.3 LPAC y del art. 29.6 LRJSP. V. Procedimiento administrativo que seguir y medidas conexas. VI. Conclusiones*

## I. INTRODUCCIÓN

La implantación de nuevos sistemas sancionadores que vienen a penalizar determinadas conductas hasta entonces desconocidas genera sin duda el fenómeno de la multirreincidencia, principalmente por el desconocimiento y, a veces, por la desconsideración hacia la *autoritas* de la fuerza pública encargada de imponerla. Este está siendo el caso de la incorporación en todos los municipios de España con una población superior a 50.000 habitantes del régimen sancionador derivado del establecimiento obligado de las **Zonas de Bajas Emisiones (ZBE).** Su llegada al contexto de la potestad sancionadora, tras la tipificación operada con anterioridad por el art. 77.z3) del R.D. Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, en adelante), incluido por la Ley 18/2021, de 20 de diciembre, de modificación del anterior, se ha producido con la puesta en funcionamiento efectivo de las ZBE tras la necesaria aplicación del R.D. 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las zonas de bajas emisiones.

Partiendo de esta premisa, el objeto del presente estudio realiza un enfoque algo más amplio y se centra en el art. 63.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC en lo sucesivo) que, incardinado en el ámbito de la iniciación de los procedimientos administrativos de oficio por la administración, establece lo siguiente: *No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo.*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Las previsiones de este precepto legal son una manifestación de un principio de derecho penal de alcance constitucional, como es el principio de *non bis in idem,* tal y como afirma la STS de 31/01/2007 (Rec. Casación en interés de Ley 37/2005, dictada en el contexto de la legislación anterior a la vigente pero para una previsión idéntica a la del actual art. 63.3 LPAC), al considerar que su regulación constituye un desarrollo reglamentario[1] de dicho principio (plasmado actualmente en el art. 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP -).

La circunstancia de encontrarse engarzado con dicho principio de raigambre constitucional lleva a la conclusión de su aplicabilidad generalizada, sea cual sea el tipo de procedimiento sancionador ante el que nos encontremos y, en el presente caso, en materia de tráfico. Indiquemos al respecto de esta concreta materia que el RDL 6/2015, no contempla previsión alguna en sentido contrario a lo señalado en dicho precepto legal y que, además, en su regulación remite a considerar supletoriamente la normativa de procedimiento administrativo común (art. 83.1). Del mismo modo, el aún vigente R.D. 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, contempla igualmente (art. 1º) la aplicación supletoria del R.D. 1398/1993, reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, hoy derogado, que incluía el mismo contenido del art. 63.3 LPAC en su art. 4.6 y que se ha integrado parcialmente, elevando sus consideraciones a rango legal, en las vigentes LPAC y LRJSP, separando por razones de sistemática legal los dos párrafos que constituían ese artículo y apartado, separación que entendemos sumamente acertada por lo que veremos a continuación, principalmente para evitar la confusión que se ha venido generando en la aplicación de dos principios sancionadores que responden a fenómenos diferentes, confusión quizá generada por su regulación conjunta en dicho mismo precepto y apartado.

En cualquier caso, centrándonos en el ámbito sectorial objeto del presente artículo, no existiendo una regulación específica al modo de proceder ante infracciones de tráfico reiteradas en el tiempo, la norma a considerar necesariamente será la contenida en dicho procedimiento administrativo común, más aún cuando se trata de una regla de procedimiento administrativo sancionador.

## II. EJECUTIVIDAD DE LA INFRACCIÓN

Una cuestión de especial relevancia y a considerar es que la jurisprudencia viene interpretando que el inciso final del art. 63.3 LPAC ("con carácter ejecutivo") es equivalente a que la resolución sancionadora es firme en vía administrativa. Así lo indica, por ejemplo, la STS de 31/01/2007 (Rec. Casación en interés de Ley 37/2005)

[1] La referencia a un desarrollo reglamentario que efectúa la sentencia es consecuencia de que al tiempo de dictarse el actual art. 63.3 LPAC se correspondía con el hoy derogado art. 4.6, 1er párr., del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

cuando en su F.D.4º señala: *y una vez que la sanción impuesta en la primera ocasión es firme en vía administrativa, y, por tanto, ejecutiva.*

Sin embargo, en materia sancionadora de la Administración local no es exactamente así desde la entrada en vigor de la LPAC (téngase en cuenta que la STS indicada se dicta durante la vigencia de la Ley 30/1992). En la legislación vigente, conforme al art. 114.1.c) LPAC, *ponen fin a la vía administrativa: c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario*. Y, en relación con esta afirmación legal, el art. 52.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local – LRL –, establece que *ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades: a) Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno* (sin que las excepciones que a continuación se indican en este mismo precepto, y que no transcribimos, concurran en el presente caso). La potestad sancionadora de las entidades locales de municipios de gran población es de la Junta de Gobierno Local, conforme al art. 127.1.l) LRL. En los municipios de régimen común corresponde a los Alcaldes (art. 21.1.n), en ambos casos siempre que no se atribuya expresamente a otros órganos por la legislación sectorial que fuere. Generalmente, el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico se delega a la Concejalía Delegada del ramo, por lo que hay que volver al art. 52.2, que en su apartado b) también dispone que *ponen fin a la vía administrativa: b) Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación… de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa*.

Frente a esto, el art. 98.1.b) LPAC dispone que no serán ejecutivos los actos de las Administraciones públicas cuando *se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición*.

Ese inciso final referido al potestativo de reposición conlleva que, aun pudiendo considerarse que un acto del Alcalde, de la Junta de Gobierno Local, o del órgano delegado en materia sancionadora, pone indudablemente fin a la vía administrativa por no existir sobre él ningún órgano jerárquicamente superior y, sencillamente, porque así lo dispone el art. 52.2 LRL, sin embargo, no es ejecutivo, puesto que aún cabe contra la resolución sancionadora municipal el recurso potestativo de reposición, debiendo pues esperar para tal ejecutividad (y para la operatividad del art. 63.3 LPAC) a que este se resuelva, caso de haberse interpuesto, o al menos esperar a que transcurra un mes desde la notificación de la resolución sancionadora, fecha a partir de la cual la falta de interposición de aquél genera la *inmediata ejecutividad* en palabras del art. 98.1 citado.

En conclusión, firmeza en vía administrativa no es equivalente a ejecutividad. No obstante, con este pequeño matiz, la doctrina que en interés de Ley se implanta por la sentencia señalada no tiene género de duda, siendo esta: *Es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo*, lo que requerirá que concurran todas las circunstancias del ya mencionado art. 98.1.b) LPAC.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Dicho todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que la previsión del art. 98.1.b) LPAC no opera, sin embargo, en el ámbito de las infracciones de tráfico. Estas, por mor del art. 96.1 RDL 6/2015, son ejecutivas desde el día siguiente a la notificación de la resolución sancionadora si se hubieran presentado alegaciones o a los 30 días naturales cuando el interesado no formula alegaciones y la infracción no conlleve detracción de puntos (como ocurre en el supuesto de infracción por ZBE), *ex* art. 95.4 y 5 sin que en este caso el recurso de reposición suspenda la ejecutividad de la sanción (art. 96.3), pudiendo iniciar por tanto la vía ejecutiva de inmediato. Existe, pues, en materia de tráfico una regla especial que se superpone al régimen general respecto a la ejecutividad de las resoluciones sancionadoras que en este aspecto concreto prevalecerá y aplicar necesariamente.

## III. REINCIDENCIA EN INFRACCIONES VS. INFRACCIÓN CONTINUADA

Suele confundirse (v.gr. SJCA nº 2 de Badajoz de 21/09/2018 –RCA 108/2018, F.D.2º) el supuesto que aquí venimos analizando, relativo a diferentes infracciones de igual naturaleza en la que se persiste "de forma continuada", pero infracciones distintas al fin y a la postre (por ejemplo, circular con exceso de velocidad en diferentes días en un mismo tramo de carretera), reguladas en el art. 63.3, con el supuesto de "infracción continuada" regulado hoy en el art. 29.6 de la LRJSP, confusión posiblemente derivada de su anterior regulación conjunta en un mismo precepto reglamentario (el art. 4.6 del ya derogado R.D. 1398/1993). En el supuesto regulado en el art. 29.6 citado, existe una única infracción que se extiende en el tiempo y que se manifiesta en una pluralidad de acciones u omisiones, pero que requieren además la concurrencia de dolo ("en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión", dice el texto legal). Se trata, por ejemplo, de la ejecución de una obra ilegal, con infracción de diversos preceptos y desarrollando diferentes tipos de obra y ejecución de instalaciones (demolición de edificación catalogada, movimientos de tierras, ejecución de obra nueva, instalación de placas solares, ocupación del edificio, apertura de establecimiento en los locales… todo ello sin someterlo a control administrativo alguno) de forma esporádica y clandestinamente aprovechando la idéntica ocasión, por ejemplo, de los fines de semana por no existir inspecciones durante estos[2].

El supuesto de infracción continuada –única, por tanto– regulado en el art. 29.6 LJSP es analizado en su versión del art. 4.6 R.D. 1398/1993 (versión idéntica a la vigente) por las SSAN de 23/03/2009 (Rec. 1500/2007) y 15/03/2010 (Rec. 51/2009) que ponen de manifiesto lo siguiente:

[2] Existe una tercera modalidad próxima a estas y cuyo análisis excede del objetivo de este informe, que sería la infracción permanente, definida por ejemplo en el art. 48.1 del Decreto Ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa en Andalucía, del siguiente modo: "aquella constituida por un único ilícito que se mantiene en el tiempo y es susceptible de interrupción por la sola voluntad de la persona infractora".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

1º. Que la institución de la infracción continuada es introducida *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico administrativo a través del indicado Real Decreto, esto es, por el cauce de una norma de naturaleza reglamentaria.

2º. Que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma que contiene los principios básicos de la potestad sancionadora y los preceptos también básicos de régimen jurídico sancionador, guarda silencio sobre ella (silencio hoy superado con la LRJSP).

3º. Pese a tal silencio, el precepto reglamentario alberga un contenido que trasciende notoriamente lo puramente procedimental y que regula, sin previa interlocución de ley, aspectos sustantivos del régimen jurídico punitivo (tipicidad y respuesta sancionadora).

4º. Es cierto por otra parte que el precepto *incorpora al ordenamiento administrativo sancionador una institución de larga trayectoria en el seno del Derecho Penal, que fue fruto de inicial creación jurisprudencial y que se refleja, en el actual Código Penal, en su artículo 74*.

5º. Ello no obstante, pese a tal incorporación de una institución largamente conocida y aplicada en el Derecho Penal, su *traslación al Derecho Administrativo sancionador* se produce de manera meramente parcial o fragmentaria pues en el reglamento administrativo *no* se *contiene la agravación de la sanción*, *natural consecuencia de la mayor gravedad del conjunto, que sí se recoge, por el contrario, en el Código Penal* («con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»)… sin cuya conjugación la institución puede dar lugar a iniquidades y fomentar, acaso, la realización de conductas ilícitas, en lugar de poner en funcionamiento los principios de prevención general y especial que son inherentes al derecho punitivo.

Por todos estos argumentos el Tribunal sentenciador concluye respecto del asunto que estaba enjuiciando que esta norma:

a) Debe entenderse complementada con las cautelas y limitaciones previstas para la institución en el Código Penal y que son inherentes a su cualidad de decantación de ciertos principios punitivos; <u>especialmente, por tanto, que vaya acompañada de una agravación de la sanción</u>.

En este sentido, de estimar que la infracción multirreincidente en materia de tráfico es una infracción continuada, podría recurrirse al art. 81 RDL 6/2015, que regula la graduación de las multas previendo la posibilidad de contemplar agravantes y con ello que sus cuantías se incrementen en un 30% *en atención a la gravedad y trascendencia del hecho, los antecedentes del infractor y* a su condición de reincidente*, el peligro potencial creado para él mismo y para los demás usuarios de la vía y al criterio de proporcionalidad.*

b) La infracción continuada será incorporable al Derecho Administrativo sancionador siempre y cuando se admita su corrección -o sencillamente exclusión- en aplicación del principio de proporcionalidad que

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

necesariamente ha de mediar entre la infracción y la respuesta, algo que hoy día, con la LRJSP, se ha consolidado al incorporar expresamente la regulación de la infracción continuada precisamente en su art. 29, que regula precisamente el principio de proporcionalidad en materia sancionadora.

Concluyendo ambas sentencias con la siguiente afirmación al respecto: *la continuidad infractora como categoría procedente del Derecho Penal a partir de la del delito continuado no puede trasladarse acríticamente y en masa, hasta el punto de que acabe vaciando de contenidos la actividad reguladora en un concreto sector.* Añadiendo más adelante que *no se sanciona dos veces los mismos hechos, sino hechos repetidos sin autorización.*

Al hilo de esta afirmación, en el concreto sector del tráfico, la circulación de vehículos a motor y la seguridad vial, sector en el que podrían estar presentes todos o bastantes de los requisitos exigibles según las sentencias analizadas para considerar que se está ante una infracción continuada (v.gr. "hechos repetidos sin autorización", habitual en el caso de la ZBE), no parece que su legislación haya incorporado la posibilidad de contemplar una sola infracción –continuada– en los términos del art. 29.6 LRJSP. Muestra de ello es, por ejemplo, el art. 64.4 RDL 6/2015. En este precepto se consideran infracciones diferentes incluso las cometidas en un solo día (por ejemplo, por incurrir y detectarse diferentes excesos de velocidad constitutivos de infracción grave). Por ello, en este artículo se establece un límite a la pérdida de puntos *por acumulación de infracciones en un solo día,* límite este que, en función de su entidad, incluso puede no ser aplicado.

Los requisitos exigibles para considerar la concurrencia de un supuesto de infracción continuada aparecen reseñados, entre otras, en la STS de 28 de junio de 2013 (rec. 1947/2010) Estos son:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

¿Podría considerarse que este requisito está presente en los accesos reiterados a la ZBE? Aparentemente, sí.

b) La actuación del responsable con *dolo unitario*, en ejecución de un plan preconcebido, que se refleja en todas las actuaciones plurales que se ejecutan, o con *dolo continuado*, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a las precedentes.

¿Podría considerarse que este requisito está presente en los accesos reiterados a la ZBE? Aparentemente, no. Generalmente, las infracciones múltiples detectadas principalmente en períodos de implantación inicial de la ZBE no tienen presente la nota del dolo, entendido como una intención, propósito o deseo de lo acontecido. En general, en esta infracción de acceso a la ZBE sin habilitación alguna para ello tiene una naturaleza culposa (art. 28.1 LRJSP), que se ha definido en el ámbito penal como el conocimiento de que con su actuar podrán producirse determinadas consecuencias, pero contando el responsable con que estos resultados no se producirán.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Así, como dice la sentencia más adelante citada del JCA nº 34 de Madrid de 6 de marzo de 2024 (P.A. 392/2023 F.D. 6º*), llevaría al absurdo de que cada vez que el conductor accede a un área de circulación restringida es porque tiene una previsión y un planteamiento previo de no respetar la norma de tráfico,* algo que incluso produciría la paradoja de que si concurre, y a tal circunstancia se unen los restantes requisitos, el particular infractor solo cometería una infracción con agravantes, mientras que si no concurre este requisito el particular infractor cometería tantas infracciones como accesos haya realizado, penalizando así de modo más perjudicial una conducta culposa que una conducta dolosa.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

¿Podría considerarse que este requisito está presente en los accesos reiterados a la ZBE? Aparentemente, sí. La infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención y que responde a un plan preconcebido. Como indica la SAN de 19/02/2020 (Rec. 1262/2018), *debe hallarse una pluralidad de acciones llevadas a cabo en términos sustancialmente coincidentes, realizadas con unidad de propósito y que infringen el mismo precepto (STS 1552/2019 de 11 noviembre 2019, Rec. 6537/2018, STS 1604/2018 de 8 noviembre 2018, Rec. 4055/2017). En suma, la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención.* ***La finalidad de esta figura es evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas*** *(STS de 16/3/2010, Rec. 5548/2006).* Por contra, la SAN de 9/04/2019 (Rec. 434/2017) señala que *la concurrencia de estos requisitos ha de ser debidamente acreditada por quien pretende la aplicación de la norma por serle más beneficiosa.*

No cabe extrapolar que exista un plan preconcebido o que se aprovecha "idéntica ocasión", todo lo cual conlleva dolo (esto es, una intención, propósito o deseo de lo acontecido), a los accesos reiterativos a la ZBE por parte de un mismo interesado en diferentes ocasiones, que además dejaría en una situación más favorable al presunto infractor al imponerse a lo sumo una sanción que conforme al régimen de graduación que permite la legislación de tráfico (art. 81 RDL 6/2015) alcanzaría a ser incrementada en un 30% su cuantía inicial (200 €) para las infracciones por acceso indebido a la ZBE como la objeto de análisis, calificada por la Ley como de carácter grave. No está presente, por lo demás, como indica la sentencia referida, esa finalidad de evitar un beneficio para el infractor si aglutinamos todas las infracciones como una sola.

## IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL INTERPRETATIVA DEL ART. 63.3 LPAC Y DEL ART. 29.6 LRJSP

Como puede observarse en el apartado anterior, la principal cuestión a dilucidar en relación con los supuestos de infracciones de multireincidentes en materia de tráfico y, más concretamente en ZBE, es si estas deben recibir un tratamiento diferenciado o conjunto y, en uno u otro caso, qué proceso seguir.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Para ello analizamos diferentes pronunciamientos jurisdiccionales:

1º. La sentencia más preclara continúa siendo la ya indicada al comienzo de 31/01/2007, dictada en interés de ley por el TS. En esta se indica que *lo que no impide ese precepto legal* ***es sancionar de nuevo esa conducta cuando se reincide en la misma en fechas diferentes****, y una vez que la sanción impuesta en la primera ocasión es firme en vía administrativa, y, por tanto, ejecutiva, sin que sea preciso esperar para ello a que esa sanción alcance firmeza en la vía jurisdiccional.* Y se sentó la siguiente doctrina legal por esta sentencia: *Es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo, al ser firme en vía administrativa.*

Debe considerarse que esta sentencia sentaba esta doctrina con objeto de corregir la de la sentencia de instancia recurrida en la que se consideró que dicha firmeza había de ser incluso judicial. No entraba a valorar si los hechos constitutivos de infracción (reiteradas molestias ocasionadas a los vecinos por los ladridos de perros) podían tener o no el tratamiento de infracción continuada pues no se daban los presupuestos para ello, ni procesales ni sustantivos.

2º. La doctrina legal de la sentencia anterior es analizada por la STSJA, sede de Sevilla de 15 de junio de 2022 (RCA 498/2020) indicando que *viene referida a supuestos en que un mismo hecho típico se repite en el tiempo, de manera que la conducta infractora tipificada en la ley se realiza reiteradamente. En tales casos, para evitar dejar sin reproche sancionador esa conducta reincidente, se exige que el segundo procedimiento sancionador se incoe después de haber alcanzado firmeza en vía administrativa la primera sanción, requisito que es equivalente al de "ruptura jurídica" exigido por la doctrina jurisprudencial en materia penal (por todas, véase la STS, Sala Segunda nº 141/2018, de 22 de marzo).*

Esta *doctrina legal se fijó en un caso en que se sancionaban las molestias ocasionadas a los vecinos por los ladridos de perros que se repitieron después de que el dueño de éstos hubiera sido sancionado en firme por los mismos hechos*, *exactamente igual que en los casos posteriores en que el propio Tribunal Supremo aplicó dicha doctrina [SSTS, Sección Quinta, de 4 de noviembre de 2011 (RC 248/2009) y 25 de mayo de 2012 (RC 339/2011), referidas a la reiteración de vertidos sin autorización]. Es decir, en todos los casos se trataba de supuestos en los que el hecho típico (que incluía sólo la referencia al elemento material), previsto en la ley como infracción, se reiteraba en el tiempo, una y otra vez, después de haberse sancionado en firme en una primera ocasión.*

De esta sentencia y de las que en ella se citan podría inferirse que es preciso incorporar en un único hecho todos los actos acontecidos antes de la firmeza en vía administrativa de una primera sanción (lo que haría aplicable, por tanto, el vigente art. 20.6 LRJSP), pues encontramos en ellas las siguientes afirmaciones:

a) *En nuestro caso, es un hecho constatado que el procedimiento sancionador incoado con anterioridad viene referido a la misma conducta infractora* (consistente en derivación de aguas para riego), *con idéntica*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*tipificación, de manera que configuran una infracción continuada en el tiempo,* ***pues cuando se levanta el acta de denuncia, el día 6 de junio de 2018, aún no había recaído resolución en el expediente NUM005), y siendo el mismo denunciado, que persiste en idéntico hecho****. Y con el criterio jurisprudencial reseñado, no ofrece ninguna duda de que por la Administración sancionadora se ha infringido el citado precepto legal por cuanto que* ***los dos hechos debieran haber sido objeto de un solo procedimiento administrativo y no de dos****,* ***siendo el mismo responsable, el mismo hecho, en el mismo lugar y la misma tipificación****, por lo que no procedía la incoación de otro expediente sancionador, sin resolución sancionadora anterior* (STSJA, sede de Sevilla de 15 de junio de 2022 –RCA 498/2020).

Se observa que en este pronunciamiento existe una mezcla de ambos fenómenos, pues por una parte indica que se debieron tramitar en un solo procedimiento sancionador los dos hechos, pero por otra señala que sí que se podría haber incoado separadamente si el primero hubiera estado resuelto y fuera ejecutivo. Frente a esta tesis, por ejemplo, las SSTSJA (Sevilla) de 7/05/2018 y 23/10/2018 (Rec. 427/2017 y 428/2017) indican –F.D.7º-: *Tampoco puede apreciarse la existencia de una infracción continuada, por realización de pluralidad de acciones, dado que para su apreciación es necesario que todas ellas se hayan cometido antes de la iniciación del procedimiento administrativo, pues de otro modo, cometida una infracción e iniciado el procedimiento los particulares podrían seguir cometiendo la misma infracción que quedaría impune.*

b) En una de las sentencias aludida por la anterior, la STS de 4 de noviembre de 2011 (RC 248/2009) se pone de manifiesto que: *De modo que una vez que se ha puesto fin a dicha vía puede iniciarse otro procedimiento sancionador si la conducta contaminante persiste, pues la Resolución de la Ministra de Medio Ambiente de ese procedimiento es de 3 de septiembre de 2007, y el expediente sancionador al que se refiere la sanción impugnada se inicia mediante Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 25 de octubre de 2007.* ***Como se ve, se inicia este segundo procedimiento cuando ya se había terminado la vía administrativa en el procedimiento sancionador anterior*** (4 de noviembre de 2011 –RC 248/2009).

3º. La STS de 7-3-2006 (RC 1728/2002) en relación con una sanción impuesta por infracción de la legislación de protección de datos al realizarse una utilización comercial del censo electoral desestima el argumento de la infracción del actual 29.6 LRJSP, indicando que lo previsto en este precepto *constituye una construcción jurídica que proviene del Derecho penal, cuya concurrencia exige: la realización de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; la realización de una pluralidad de acciones con* ***unidad psicológica y material****; y la infracción del mismo o semejante preceptos administrativos. No basta, por lo tanto, para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, sino que resulta preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante,* ***responda a un mismo proceso psicológico y material.***

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por tanto, la sentencia descarta que haya infracción continuada en las seis sanciones sucesivas impuestas por importe de ciento cincuenta millones de pesetas, no aceptando la tesis de tratarse de una sola infracción a un tratamiento de datos, aun existiendo un único fichero, que se manifestó durante varias campañas, lo que constituye un comportamiento mantenido en el tiempo por el infractor. Y concluye: *no es el caso de las distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean y en la medida que, atendiendo a las circunstancias concurrentes que se valoran en cada caso, se van aceptando y contratando de manera independiente y en las condiciones que en cada caso se negocien.*

Añadamos a estos planteamientos un último recogido en la STSJ Galicia de 15 de febrero de 2002 (Rec. 5144/1998) en el que para descartar que se esté ante una infracción continuada (que estaría constituida por infracciones graves contra la seguridad ciudadana, por la participación y organización en manifestaciones llevadas a cabo durante varios días a lo largo de tres meses) señala *no se entiende que sea aplicable el citado artículo* (el actual art. 29.6 LRJSP) *al caso presente, en el que se sancionan comportamientos adoptados en días distintos, que aunque próximos, no se ha demostrado que obedezcan a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Y si bien puede admitirse que en la comisión de las infracciones a que se refiere esta litis existe una homogeneidad en el «modus operandi» y una identidad del sujeto activo, no obstante lo que no puede admitirse --lo cual* ***constituye también un requisito esencial de la infracción continuada****, tal como se expone en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 26 Feb. 1998-- es* ***que concurra un dolo unitario, no renovado****, con un planteamiento único que implique la unidad de resolución y del propósito infractor. Por su parte el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 Oct. 1998, en que sí apreció la existencia de una infracción continuada en un supuesto de hecho en el que personas físicas o jurídicas organizaban juegos de azar o apuestas sin las condiciones legales, obedeciendo las conductas sancionadas a un plan preconcebido con similar forma de ejecución, pluralidad de acciones e infracción de un mismo precepto, se preocupó en señalar que son requisitos o condiciones de la infracción, para que pueda calificarse de continuada, la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto; y que no cabe confundir con la infracción continua o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos*.

4º. Es de interés en este repertorio jurisprudencial acudir a la sentencia de 6-3-2024 (Rec. 392/2023) del JCA nº 34 de Madrid en el que partiendo del estudio del concepto legal de "infracción continuada" contenido en la STS de 28/06/2013 antes estudiada, analiza la comisión de diversas infracciones de tráfico por acceso indebido a la ZBE de esta ciudad, señalando tras transcribir los requisitos contenidos en esa sentencia para considerar que existe infracción continuada, lo siguiente: *Para apreciar la concurrencia de la infracción continuada en el ámbito del derecho administrativo sancionador deben darse una serie de*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*requisitos reseñados en el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 28 de Junio de 2013 (rec. 1947/2010).*

*Por tanto, la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención y que responde a un plan preconcebido.*

*En este caso, no concurre este último requisito -plan preconcebido- ya que este requisito -de concurrir- llevaría al* ***absurdo*** *de que cada vez que el conductor accede a un área de circulación restringida es porque tiene una previsión y un planteamiento previo de no respetar la norma de tráfico; a lo que debe* ***añadirse*** *que debe descartarse también ese "aprovechamiento de la idéntica ocasión", ya que no hay una continuidad temporal necesaria para beneficiarse de la ocasión generada con su conducta desde el momento en que el acceso a la ZBEDEP Plaza Elíptica se produce en días distintos, y así, cada acceso sin autorización constituye una infracción autónoma, dada la separación en el tiempo y la autonomía de cada una de las infracciones.*

5º. También en el ámbito de las infracciones de tráfico, se oponen a la consideración de tratar como infracción continuada a estas la STSJ Murcia de 31/10/2005 (Rec. 1763/2002) indicando que: *no puede apreciarse la infracción continuada ya que cada sanción corresponde a un período diferente de conducción, y no aparece acreditado que la conducción se hiciera en ejecución de un plan preconcebido ni aprovechando idéntica ocasión (art. 4.6 del RD 1398/93).*

Finalmente, es conveniente analizar otro aspecto de la jurisprudencia de estos artículos que venimos comentando, cual es la consecuencia de iniciar varios procedimientos sancionadores por infracciones en las que se persiste de forma reiterada. Y a este respecto, la doctrina parece ser unánime:

6º. La SAN de 1/10/2009 (Rec. 222/2008 –F.D.3º) establece: *en el momento de incoar el segundo expediente sancionador en el mes de julio de 2006 no había recaído una resolución respecto del primero de los expedientes que tuviera carácter ejecutivo, tal como exige el Reglamento* (hoy art. 63.3 LPAC), *pese a que el recurrente persistía en el comportamiento que le ha sido imputado tanto en uno como en otro expediente. Esta vulneración determina la nulidad del procedimiento sancionador y de la resolución que pone fin al mismo, por lo que procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto.*

7º. En iguales términos a la anterior, la STSJ Murcia de 19/09/2001 (REc. 2576/1998) anula la multa impuesta en materia de tráfico, y afirma que *según el art. 4.6 del RD 1398/93 de 4 Ago., no se pueden iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora que tenga carácter ejecutivo. Sin embargo, la Administración local inició contra la actora varios procedimientos sancionadores por hechos idénticos realizados en la calle Trafalgar del Puerto de Mazarrón, especificados de forma exacta en los respectivos boletines de denuncia (no señalizar reglamentariamente las*

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

*obras en la vía dificultando la circulación), sin esperar a que el primero de ellos hubiera sido resuelto en la forma exigida por dicho precepto.*

## V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE SEGUIR Y MEDIDAS CONEXAS

A la vista de todo lo que venimos considerando, cabría concluir que procede la incoación de más de un procedimiento sancionador a la misma persona en supuestos, por ejemplo, de accesos en diferentes ocasiones a la ZBE, o por incumplir un exceso de velocidad de una determinada calle de la ciudad de forma reiterada, si bien el primero de los hechos sancionables deberá discurrir sin acompañamiento de ningún otro y solo una vez que la sanción, en su caso, sea ejecutiva (es decir, al día siguiente de su notificación *ex* art. 96.1 y 3 RDL 6/2015, o a los 30 días naturales cuando el interesado no formula alegaciones y la infracción no conlleve detracción de puntos, *ex* art. 95.4 y 5) podrán iniciarse los posteriores procedimientos. Lo contrario supondría una infracción del ordenamiento jurídico que conllevaría la invalidez del resultado del segundo y ulteriores procedimientos sancionadores, quedando así las infracciones sin poder ser sancionadas.

Ahora bien, deben tenerse en cuenta diferentes circunstancias singulares presentes en los procedimientos sancionadores de tráfico y, más aún, si el hecho infractor se ha detectado por mecanismos automatizados, que es lo habitual en los supuestos de multirreincidencia.

a) En primer lugar, debe tenerse presente que las diferentes presuntas infracciones que se detectan a través de medios de captación y reproducción de imágenes solo identifican a un vehículo. Precisamente por desconocer en ese primer momento quién pueda ser el infractor y no atribuirlo automáticamente al propietario del vehículo, la legislación en la materia articuló hace ya tiempo un sistema por el que se tiene la obligación de identificar al conductor responsable en los supuestos en que no se ha producido la detención del vehículo (art. 93.1.2º y 77.j) del RDL 6/2015), como ocurre en las infracciones por acceso a la ZBE controladas por sistemas de detección por cámara. Este tipo de infracción no conlleva retirada de puntos a pesar de tener la calificación de infracción grave, por lo que de no manifestar nada tras la notificación de la denuncia inicial, se atribuirá al propietario la multa. En tales circunstancias, y sin formular alegaciones, habrá aún que esperar 30 días naturales para poder iniciar los posteriores procedimientos sancionadores dirigidos contra el mismo propietario (art. 95.4 y 5 RDL 6/2015).

Sin embargo, si se formulan alegaciones, una vez resuelto el procedimiento sancionador y notificada la resolución sancionadora, dado que la ejecutividad en este caso es inmediata (al día siguiente de la notificación, dice el art. 96.1 RDL 6/2015), podrán incoarse al día siguiente las segundas y posteriores infracciones detectadas.

Si, por el contrario, se identifica como infractor a un tercero, se podrá iniciar el siguiente procedimiento sancionador que estuviera en espera de la ejecutividad del primero. Por su parte, la incoación contra ese

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tercero requerirá el análisis previo de otras infracciones por el mismo hecho (por ejemplo, ZBE) que se les pudieran estar instruyendo al mismo. En tal caso, igualmente, habrá de diferirse esta incoación hasta la ejecutividad de aquella.

Queda por determinar cómo se procede en caso de que el infractor haya cometido la infracción con distintos vehículos. Debe entenderse que la herramienta con la que se ha cometido la infracción es indiferente. Debiendo, por tanto, igualmente, incorporar un control previo anterior a la incoación de la existencia de procedimientos sancionadores en tramitación contra esa misma persona.

b) Otra cuestión es el régimen que seguir para la suspensión (más bien no iniciación) de los procedimientos sancionadores subsiguientes y si esta es interruptiva o no de la prescripción de la infracción. Debe tenerse en cuenta que el plazo de prescripción previsto para las infracciones graves y muy graves en materia de tráfico es de seis meses (no digamos ya si se está ante una infracción leve reiterada, cuya prescripción es a los tres meses) y que la falta de iniciación del procedimiento sancionador en dicho plazo conlleva el archivo de las actuaciones. La cuestión que solventar, por tanto, es si partiendo de que no puede iniciarse *ope legis* procedimientos por infracciones reincidentes, y teniendo en cuenta el perentorio plazo para la prescripción de las infracciones en materia de tráfico (art. 112 RDL 6/2015), es factible considerar que pueda quedar interrumpido el plazo de prescripción y, además, si dicha interrupción requiere algún tipo de puesta en conocimiento de tal circunstancia al interesado.

El instituto de la prescripción en derecho administrativo, que se apoya evidentemente en el derecho común en todo aquello no previsto en aquel, tiene en el ámbito del procedimiento administrativo escasas pero notables menciones en lo que respecta a la posibilidad de ser interrumpido. Por una parte, su regulación general se contiene en el art. 30 LRJSP. En este se contempla como posible la interrupción de la prescripción de las infracciones, pero este precepto parece que solo considera como motivo de dicha interrupción el inicio del procedimiento encaminado a castigar la infracción que fuere.

Por otra parte, el art. 95.3 LPAC, al regular el instituto de la caducidad, manifiesta que "La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción".

Por tanto, es posible la interrupción de la prescripción de una infracción, pero solo tratándose de procedimientos relacionados con esa infracción y no con otras.

Descendiendo a la norma especial en la materia, su regulación se contiene en el art. 112 RDL 6/2015. En él también se contempla la interrupción *por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento el denunciado* o esté encaminada a averiguar su identidad o domicilio y se practique con otras administraciones, instituciones u organismos".

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El supuesto del art. 63.3 diverge de estos supuestos al implicar la imposibilidad de iniciar *otros* procedimientos sancionadores y no el concernido, si bien la referencia del art. 112 RDL 6/2015 a la posibilidad de interrumpir *por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento el denunciado* puede permitir concluir que es suficiente una notificación al interesado manifestando que permanecerá interrumpido el plazo de seis meses previsto en ese mismo precepto para las restantes infracciones graves detectadas, por ejemplo por acceso indebido a la ZBE, hasta tanto no finalice y sea ejecutiva la primera infracción cuyo procedimiento se esté sustanciando, o bien mientras este no se archive por cualquier motivo, sin que deba operar en este caso las previsiones del art. 95.3 LPAC, pensada solamente para el procedimiento administrativo que analiza la infracción inmersa en el procedimiento caducado. De este modo, declarada la caducidad de un primer procedimiento conforme al art. 112.3 (un año) este no podrá reiniciarse por mor del art. 95.3 LPAC, pero quedará expedita la posibilidad de iniciar las infracciones reincidentes, siguiendo con el ejemplo, de acceso a la ZBE que hayan sido suspendidas con notificación al interesado, cuyo plazo comenzará a computar automáticamente desde dicha caducidad del primer procedimiento incoado.

Quedaría por determinar si el archivo del primer procedimiento por motivos estrictamente formales (v.gr. error en la notificación) habilita a la apertura de todos los procedimientos sancionadores "retenidos" o, al tratarse de un cierre en falso que no ha resuelto nada sobre el fondo obliga a iniciar nuevamente el mecanismo con la consiguiente apertura de un solo procedimiento y el mantenimiento en suspenso de los demás.

Para contestar esta última cuestión habría que partir de un análisis teleológico de la norma, esto es, qué se persigue con ella. Parece claro que lo que pretende, y así se ha manifestado en alguna jurisprudencia, es hacer efectivos principios como los de economía de medios y eficiencia en la asignación de recursos públicos (STS 23/01/2023 – Rec. 4104/2021 -) reconocidos en el art. 3.1 LRJSP, de modo que no se inicien diferentes procedimientos por idénticas conductas del interesado que posteriormente pueden quedar en nada. De este modo, si el primer procedimiento concluye que realmente no se está ante una infracción administrativa y se archiva el procedimiento o se resuelve de modo favorable al interesado, la Administración se habrá ahorrado multitud de procedimientos que hubieran tenido un mismo desenlace. Por el contrario, si en el primer procedimiento se concluye que sí se está ante una infracción administrativa, se habrá allanado el camino para que las posteriores recaigan en el mismo sentido e, incluso quizá, el propio interesado opte por reconocer su propia responsabilidad y proceda así a abonar las multas subsiguientes, con el correspondiente ahorro por aplicación de la reducción del 50%, que aún estaría incólume. Incluso, desde esta perspectiva, la no iniciación inmediata o simultánea de todos los procedimientos puede ser una medida favorecedora del infractor por cuanto si todos se iniciaran a la vez o muy próximos en el tiempo, el interesado se vería abocado a tener que renunciar a la posibilidad de recurrir a la reducción del 50% por reconocimiento voluntario de la responsabilidad en vía administrativa, ya que tendría que combatir todas las multas, o actuar de modo

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

incoherente, alegando y recurriendo en unas y reconociendo la responsabilidad en otras, lo que incluso podría redundar en su derecho de defensa por cuanto la administración municipal podría hacer uso de ese reconocimiento en procedimientos sancionadores idénticos para combatir en sede judicial el recurso contra la resuelta desfavorablemente.

Por ello, si el primer procedimiento se cierra en falso, esto es, se archiva por cuestiones meramente formales, el objetivo de la regla contenida en el art. 63.3 LPAC no se satisface, ya que no se habrá llegado a dilucidar si se está o no verdaderamente, a los ojos de la Administración, ante una infracción administrativa. Es por esa razón por la que es de considerar que archivado por motivos estrictamente formales un primer procedimiento sancionador, haya de mantenerse la aplicación de la norma a las que estuvieran en suspenso, iniciando por tanto solo una de ellas. Se evitan así posibles tentaciones desviadas de la Administración, incoando y archivando de oficio de forma inmediata por cualquier nimio motivo el primer procedimiento, para habilitar de ese modo la incoación de todos los posteriores, eludiendo así casi automáticamente la garantía procedimental de la norma concernida.

Qué duda cabe, sin embargo, de que, si la primera infracción es reconocida voluntariamente por el presunto infractor mediante el abono de la multa, las restantes sí pueden iniciarse de modo simultáneo e inmediato sin excepción.

En conclusión, será imprescindible que la Administración notifique al interesado multirreincidente que quedan en suspenso las incoaciones de los procedimientos sancionadores derivados de posteriores infracciones de la norma de tráfico que, por ejemplo, impide el acceso a la ZBE, con advertencia de que se interrumpe la prescripción de dichas infracciones y que se iniciarán una vez se haya resuelto *el fondo* de una primera infracción administrativa de tal naturaleza. Evidentemente, contra este acuerdo de no iniciación en cumplimiento del art. 63.3 LPAC cabrá recurso en vía administrativa y judicial por el interesado.

c) Una última cuestión que se debe tener presente es la posibilidad de aplicación del agravamiento de la sanción por reincidencia, lo que resultaría factible al amparo del art. 29.3 LRJSP, esto es, "por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa", previsión que también está presente en el ámbito de la legislación de tráfico. En este sentido, el art. 81 RDL 6/2015 regula la graduación de las multas previendo la posibilidad de contemplar agravantes y con ello que sus cuantías se incrementen en un 30% en atención a la gravedad y trascendencia del hecho, *los antecedentes del infractor y a su condición de reincidente*, el peligro potencial creado para él mismo y para los demás usuarios de la vía y *al criterio de proporcionalidad*.

Ello supone que tras recaer una primera sanción y, por tanto, removido el obstáculo legal que impide el inicio de todos los procedimientos encaminados a sancionar las infracciones posteriores en las que se hubiera

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

incurrido del mismo modo, por ejemplo, accediendo a la ZBE sin tenerlo permitido, todas estas posteriores incoaciones se podrían acompañar de un recargo de hasta un 30%, pudiendo exigirse por tanto un pago de 260 € en este caso.

## VI. CONCLUSIONES

No cabe aceptar que en materia de infracciones de tráfico como las aquí analizadas, consistentes en la comisión multirreincidente del acceso a la ZBE u otras similares concurra aceptar de partida que es esté ante una infracción continuada regulada en el art. 29.6 LRJSP, al carecer de uno de los elementos determinantes para su aplicación como es que exista un dolo unitario o dolo continuado por encontrarnos ante un plan preconcebido o aprovechar idéntica ocasión.

La normativa de tráfico contempla explícitamente la posibilidad de sancionar hechos que se han producido incluso el mismo día (art. 64.4 RDL 6/2015) lo que junto al resto de análisis realizado lleva a concluir que no se está en el supuesto de hecho estudiado ante una infracción continuada sino ante múltiples infracciones reincidentes separables y autónomas entre sí.

La propia reincidencia considerada como agravante de una infracción *ex* art. 29.3 LRJSP también requiere una previa firmeza en vía administrativa, lo que refuerza la tesis de que ha de darse un tratamiento diferenciado a las infracciones.

Cabría, incluso, plantearse que el incumplidor de la norma incurre en circunstancias agravantes que conforme a la legislación de tráfico permitiría incrementar hasta en un 30% más las ulteriores sanciones que eventualmente se impongan.

El inicio de cualquier procedimiento administrativo sancionador contra un autor que infringe la norma que, por ejemplo, limita el acceso a la ZBE a vehículos contaminantes, teniendo aún en tramitación un primer procedimiento por idénticas circunstancias, hace nulo a aquel (o aquellos). La infracción no puede quedar impune, pero han de tenerse presentes estas garantías legales que, conectadas con el principio de *non bis in idem* y con el principio de cautela, exigen esperar a resolver el primer procedimiento sancionador por si de este se deduce que, por cualquier circunstancia, no se está ante una infracción.

Lo anterior sin perjuicio de que, archivado por motivos formales el primer procedimiento, quede expedita la posibilidad de iniciar los restantes, en los términos analizados más arriba. Evidentemente, las conclusiones de fondo del primero *contaminarán* e informarán al segundo y sucesivos procedimientos. Por añadidura, si el primero concluye de modo voluntario por el interesado mediante abono de la multa, podrán iniciarse de inmediato todos los restantes procedimientos retenidos.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La suspensión o no iniciación de los procedimientos que se generarían por hechos posteriores al primero requerirán para interrumpir la prescripción que se adopte un acuerdo del que tenga conocimiento el interesado (art. 112.2 RDL 6/2015). Dicha interrupción se extenderá hasta la ejecutividad de la primera sanción o multa impuesta (al día siguiente de su notificación si ha habido alegaciones, o a los treinta días naturales desde la notificación cuando no existe alegación alguna) con el límite de un año desde la incoación de la primera pues, transcurrido este, se produje la caducidad del procedimiento (art. 112.3). A este exclusivo respecto, conforme al art. 95.3 LPAC cabría considerar la posibilidad de que la prescripción no se ha interrumpido y, por tanto, decaería la posibilidad de iniciar los posteriores procedimientos, que estarían prescritos. Sin embargo, el archivo por motivos formales del primero, sin resolver sobre el fondo, conllevaría el inicio de un solo procedimiento con mantenimiento de la suspensión de los restantes, acompañada de un acto que renovara la interrupción acordada inicialmente.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA PROTECCIÓN DE LA DESIGUALDAD RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA

*Raquel María Rivero Mentado*

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el ámbito laboral. 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. Marco normativo. 3. Clases de discriminación. 4. Discriminación en la jurisprudencia del TJUE. III. La desigualdad retributiva como manifestación de la discriminación laboral. 1. La Igualdad retributiva y el trabajo de igual valor. 2. La igualdad retributiva en la Jurisprudencia del TJUE. 3. La brecha salarial y la discriminación retributiva. 4. La Directiva (UE) 2023/970: un nuevo modelo de transparencia retributiva. IV. Instrumentos de prevención y tutela. 1. Planes de igualdad. 2. Registro retributivo y auditoría salarial. 3. Tutela judicial. V. Bibliografía*

## I. INTRODUCCIÓN

La igualdad entre mujeres y hombres constituye uno de los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho. En el ámbito laboral, dicho principio adquiere una especial relevancia debido a que el trabajo representa uno de los principales mecanismos de integración social y económica de las personas. Sin embargo, a pesar de los avances normativos alcanzados durante las últimas décadas, persisten diferencias salariales entre mujeres y hombres que evidencian la existencia de desigualdades estructurales en el mercado de trabajo.

La denominada "brecha salarial de género" continúa siendo una realidad en España y en el conjunto de la Unión Europea. Aunque en numerosas ocasiones no se manifiesta mediante diferencias retributivas directas entre trabajadores que realizan exactamente las mismas funciones, sí aparece vinculada a fenómenos como:

- la segregación ocupacional,
- la infravaloración de trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres,
- la parcialidad involuntaria o,
- las dificultades de conciliación de la vida laboral y familiar.

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo protege el ordenamiento jurídico la igualdad retributiva entre mujeres y hombres y cuáles son los mecanismos existentes para prevenir, detectar y corregir las situaciones de discriminación salarial.

La metodología utilizada consiste en el análisis de la normativa constitucional, laboral y europea aplicable, así como del estudio de la doctrina jurisprudencial más relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El trabajo se estructura en tres capítulos.

El primero estudia el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el ámbito laboral.

El segundo analiza la desigualdad retributiva como manifestación de la discriminación laboral.

Finalmente, el tercer capítulo examina los instrumentos de prevención y tutela establecidos por el ordenamiento jurídico para garantizar la efectividad del principio de igualdad salarial.

## II. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

### 1. Concepto y naturaleza

La igualdad constituye uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español y adquiere una especial importancia en el ámbito laboral. Este principio exige que las personas reciban un trato igual cuando se encuentren en situaciones comparables, salvo que exista una justificación objetiva, razonable y proporcionada para establecer un trato diferente.

La igualdad puede analizarse desde una doble perspectiva. La **igualdad formal i**mplica que las normas jurídicas deben aplicarse de manera uniforme a todas las personas, mientras que la **igualdad material** pretende corregir las desigualdades existentes en la realidad social mediante la adopción de medidas que permitan alcanzar una igualdad efectiva.

Junto al principio de igualdad se encuentra la **prohibición de discriminación**, que constituye una manifestación específica de aquel. Existe discriminación cuando una persona recibe un trato menos favorable por razón de determinadas circunstancias personales o sociales, entre ellas el sexo, la religión, la discapacidad, la edad, el origen étnico o la orientación sexual. En el ámbito laboral, la discriminación puede producirse en diferentes momentos de la relación laboral, como el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, la promoción profesional, la formación o la remuneración. Especial importancia tiene la discriminación salarial por razón de sexo, que supone una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y afecta, además, a la dignidad de la persona trabajadora.

### 2. Marco normativo

La protección jurídica de la igualdad en el ámbito laboral se encuentra reconocida tanto en el ordenamiento español como en el Derecho internacional y de la Unión Europea.

En primer lugar, la **Constitución Española de 1978** establece las bases de esta protección. El artículo 14 reconoce la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por su parte, el **artículo 9.2** obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, eliminando

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

los obstáculos que impidan su plena realización. Asimismo, el **artículo 35** reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente, sin que pueda existir discriminación por razón de sexo.

Estos principios son desarrollados por el **Estatuto de los Trabajadores**. Su **artículo 4** reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados en el empleo, mientras que el **artículo 17** prohíbe la discriminación directa e indirecta en las relaciones laborales. Especial relevancia presenta el **artículo 28**, que establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo para trabajos de igual valor.

En materia de igualdad entre mujeres y hombres destaca la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**, cuyo objetivo es garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y eliminar cualquier forma de discriminación por razón de sexo. La norma también contempla medidas destinadas a hacer efectiva la igualdad en el empleo. La protección frente a la discriminación se completa con otras normas, como la **Ley 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación**, que amplía la protección frente a diferentes causas de discriminación, y la normativa relativa a la igualdad real y efectiva de las personas trans y LGTBI.

En el ámbito internacional destacan los **Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) nº 100 y nº 111**. El primero se refiere a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, mientras que el segundo establece medidas para combatir la discriminación en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el **Derecho de la Unión Europea** reconoce la igualdad entre mujeres y hombres como uno de sus principios esenciales. El artículo **157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** establece la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Esta protección se ha reforzado mediante diferentes directivas europeas, entre ellas la normativa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y, más recientemente, la **Directiva (UE) 2023/970**, destinada a reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución mediante mecanismos de transparencia salarial y otras medidas de protección.

### 3. Clases de discriminación

La discriminación puede ser principalmente **directa o indirecta**.

Existe discriminación **directa** cuando una persona recibe, ha recibido o podría recibir un trato menos favorable que otra en una situación comparable debido a una determinada circunstancia protegida, como el sexo, la edad, el origen étnico, la religión, la discapacidad o la orientación sexual. En el ámbito laboral constituiría un ejemplo claro establecer una remuneración diferente para hombres y mujeres que realizan las mismas funciones y tienen las mismas responsabilidades.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por el contrario, la **discriminación indirecta** aparece cuando una norma, criterio o práctica aparentemente neutral produce una desventaja particular para un determinado grupo. En este caso no es necesario que exista una intención directa de discriminar, sino que resulta determinante el efecto producido por la medida.

Esta modalidad tiene especial importancia en materia de discriminación salarial. Por ejemplo, determinados complementos relacionados con la disponibilidad horaria, las horas extraordinarias o la permanencia continuada en el centro de trabajo pueden generar efectos desiguales cuando las responsabilidades familiares recaen en mayor medida sobre las mujeres. Por ello, la existencia de una norma aparentemente neutral no impide que pueda considerarse discriminatoria cuando sus efectos perjudican especialmente a un grupo determinado y no existe una justificación objetiva y proporcionada.

## 4. La discriminación en la jurisprudencia del TJUE

La jurisprudencia del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)** ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación y aplicación del principio de igualdad. Sus resoluciones han permitido concretar el alcance de la prohibición de discriminación en situaciones muy diversas relacionadas con el empleo y las condiciones laborales.

Uno de los ámbitos analizados por el Tribunal es la **discriminación por motivos religiosos**. En el asunto ***Egenberger*** **(C-414/16)**, el TJUE examinó si una organización religiosa podía exigir una determinada confesión para acceder a un puesto de trabajo. El Tribunal estableció que este tipo de requisito no es automáticamente ilegal, pero debe estar objetivamente justificado por la naturaleza de las funciones y resultar necesario y proporcionado respecto de la finalidad perseguida.

También resulta relevante el **asunto *IR/JQ* (C-68/17),** relativo al despido de un médico de un hospital católico después de contraer un nuevo matrimonio. El Tribunal consideró que exigir determinadas conductas religiosas a un trabajador solo puede justificarse cuando constituya un requisito profesional verdadero, legítimo y justificado, respetando siempre el principio de proporcionalidad. Con ello, se reforzó la consideración de la prohibición de discriminación por motivos religiosos como un principio fundamental del Derecho de la Unión.

Otra cuestión destacada ha sido el uso de **símbolos religiosos en el lugar de trabajo**, especialmente el velo islámico. En los asuntos ***G4S Secure Solutions*** **(C-157/15) y *Bougnaoui* (C-188/15),** el Tribunal analizó la posibilidad de que las empresas establecieran políticas de neutralidad que prohibieran determinados símbolos religiosos visibles. El TJUE admitió que una norma general de neutralidad puede ser legítima y no constituir necesariamente discriminación directa, aunque puede producir discriminación indirecta si perjudica especialmente a determinados grupos. Para que pueda justificarse, debe responder a una finalidad legítima, aplicarse de manera coherente y resultar necesaria y proporcionada.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En materia de **discriminación por origen étnico**, destaca el "**asunto *Feryn*"** (C-54/07). En este caso, una empresa manifestó públicamente que no contrataría a determinados trabajadores por su origen étnico debido a las preferencias de sus clientes. El TJUE consideró que una declaración pública de este tipo puede constituir discriminación directa en el acceso al empleo, incluso aunque no exista una persona concreta que haya sido seleccionada y pueda identificarse como víctima de la discriminación.

Asimismo, en el "**asunto *CHEZ RB*"** (C-83/14), el Tribunal analizó una práctica empresarial que situaba los contadores eléctricos a una altura considerablemente superior en un barrio habitado mayoritariamente por personas de etnia gitana. El TJUE consideró que esta práctica podía constituir discriminación por origen étnico, al generar una desventaja y una estigmatización para los residentes. La sentencia demuestra que la protección frente a la discriminación puede alcanzar también a personas que, individualmente consideradas, no pertenecen al grupo objeto de la medida discriminatoria.

La **discriminación por razón de discapacidad** también ha sido objeto de una importante evolución jurisprudencial. En el "**asunto *Chacón Navas*"** (C-13/05), el TJUE estableció una primera definición de discapacidad a efectos del Derecho de la Unión, vinculándola a una limitación de larga duración que dificulte la participación de la persona en la vida profesional. Posteriormente, en el asunto *Coleman* (C-303/06), el Tribunal amplió la protección frente a la discriminación al reconocer que también puede existir discriminación por asociación. De esta manera, un trabajador puede estar protegido frente a un trato desfavorable relacionado con la discapacidad de una persona a su cargo, como ocurre en el caso de quienes cuidan de hijos con discapacidad.

Finalmente, debe destacarse el "**asunto *Test-Achats*"** (C-236/09), relativo a la **utilización del sexo** como factor para determinar las primas de seguros. El TJUE consideró discriminatorio utilizar el género como factor de riesgo para calcular las primas, declarando inválida la excepción que permitía esta práctica. Esta sentencia refleja cómo el principio de igualdad entre hombres y mujeres puede proyectarse más allá de las relaciones estrictamente laborales.

En conjunto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha contribuido decisivamente a consolidar una interpretación amplia del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Sus resoluciones han permitido adaptar estos principios a situaciones concretas y garantizar una protección más efectiva de los derechos fundamentales, favoreciendo un mercado laboral basado en la igualdad, la inclusión y el respeto a la diversidad.

## III. LA DESIGUALDAD RETRIBUTIVA COMO MANIFESTACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

### 1. Igualdad retributiva y trabajo de igual valor

La igualdad salarial o retributiva constituye una exigencia derivada del principio de igualdad y uno de los principios históricos del Derecho Social Europeo.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

El a**rtículo 119 del antiguo Tratado de la Comunidad Económica Europea** estableció el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Posteriormente, el artículo **157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** consolidó este principio. La evolución del Derecho de la Unión ha permitido superar una interpretación limitada a los supuestos en los que hombres y mujeres realizan exactamente las mismas tareas. El principio se extiende también a los trabajos de igual valor.

En España, el **artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores** constituye la norma central en materia de igualdad retributiva. Su apartado primero establece que el empresario está obligado a pagar la misma retribución por un trabajo de igual valor, con independencia de que la remuneración sea salarial o extrasalarial, y prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo en los elementos o condiciones de dicha remuneración.

Una de las principales aportaciones de la regulación actual consiste en definir cuándo dos trabajos tienen igual valor. Para ello deben tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente realizadas; las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas; la responsabilidad asumida en el desempeño de las tareas y ;las condiciones laborales en las que se desarrollan las actividades.

La finalidad es evitar que determinadas actividades tradicionalmente desempeñadas por mujeres sean infravaloradas económicamente.

## 2. La igualdad retributiva en la jurisprudencia del TJUE

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado un papel fundamental en la configuración y desarrollo del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres. A través de sus resoluciones, el Tribunal no solo ha reconocido el derecho a percibir una remuneración igual por un trabajo igual o de igual valor, sino que también ha precisado los criterios para identificar situaciones de discriminación directa e indirecta y ha reforzado la protección de las personas trabajadoras frente a prácticas aparentemente neutras que generan una desventaja para las mujeres.

Uno de los pronunciamientos más relevantes es el **asunto Defrenne (C-43/75)**, que constituyó un punto de inflexión en materia de igualdad entre hombres y mujeres. El litigio fue planteado por una trabajadora de la compañía aérea SABENA, que reclamaba, entre otras cuestiones, la existencia de una diferencia retributiva respecto de sus compañeros varones. El TJUE reconoció que el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres tenía **efecto directo**, de modo que podía ser invocado directamente ante los tribunales nacionales, incluso en litigios entre particulares y sus empleadores. Esta sentencia supuso un avance esencial, al convertir la igualdad retributiva en un derecho susceptible de protección judicial efectiva.

Posteriormente, el Tribunal amplió el alcance del principio al considerar que la comparación no debía limitarse a situaciones en las que las personas trabajadoras realizaran exactamente las mismas funciones. Así,

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

en el **asunto Tesco Stores (C-624/19)**, relativo a trabajadoras de supermercados y trabajadores de almacén, el TJUE confirmó que el principio de igualdad retributiva comprende también los supuestos de **trabajo de igual valor**. Esta interpretación resulta especialmente relevante para combatir las desigualdades salariales derivadas de la segregación ocupacional, puesto que permite comparar empleos diferentes desde una perspectiva formal cuando, atendiendo a factores objetivos, presentan un valor equivalente.

En esta evolución jurisprudencial también destaca el **asunto Danfoss**, en el que el TJUE examinó sistemas de remuneración que incluían complementos o incrementos salariales determinados mediante criterios aparentemente neutros. El Tribunal puso de manifiesto que la utilización de criterios que no son transparentes o verificables puede generar resultados discriminatorios y dificultar que las personas trabajadoras puedan acreditar la existencia de una desigualdad salarial.

De este modo, la jurisprudencia europea fue introduciendo una mayor exigencia de objetividad y transparencia en los sistemas retributivos.

Especial importancia adquiere igualmente la jurisprudencia relativa a la **discriminación indirecta**. En el **asunto Bilka (C-170/84)**, el Tribunal analizó la exclusión de las personas trabajadoras a tiempo parcial de un régimen de pensiones. Aunque la regla se aplicaba formalmente por igual a hombres y mujeres, afectaba a un número considerablemente mayor de trabajadoras. El TJUE declaró que una medida aparentemente neutra puede constituir discriminación indirecta cuando coloca a un grupo de un determinado sexo en una situación de desventaja particular, salvo que pueda justificarse mediante razones objetivas y sea adecuada y necesaria para alcanzar una finalidad legítima.

Este criterio resulta especialmente importante en materia retributiva, dado que determinadas formas de organización del trabajo pueden producir desigualdades salariales sin establecer expresamente diferencias entre hombres y mujeres.

En una línea similar, el **asunto Enderby** reforzó la posibilidad de establecer comparaciones entre categorías profesionales diferentes cuando existan indicios de discriminación. Esta doctrina permite abordar situaciones en las que trabajos desempeñados mayoritariamente por mujeres reciben una remuneración inferior a otros trabajos de características comparables desempeñados predominantemente por hombres. Por tanto, la valoración del trabajo no puede depender únicamente de la denominación formal de los puestos, sino que debe atender a sus características y al valor de las funciones efectivamente desarrolladas.

La jurisprudencia del TJUE también ha desarrollado una amplia protección frente a la discriminación vinculada al embarazo, la maternidad y las responsabilidades familiares, cuestiones que presentan una relación directa con las desigualdades laborales y retributivas. En los **asuntos Dekker (C-177/88) y Hertz (C-179/88)**, el Tribunal consideró discriminatorias tanto la negativa a contratar a una mujer por encontrarse embarazada como su despido relacionado con las ausencias derivadas del embarazo. Posteriormente, en los asuntos **Jiménez Melgar (C-438/99), Tele Danmark (C-109/00), Brown (C-394/96) y Paquay (C-**

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

**460/06)**, el TJUE reforzó la protección de las trabajadoras embarazadas frente al despido o la no renovación de sus contratos cuando estas decisiones estuvieran relacionadas con el embarazo o la maternidad.

Esta doctrina pone de manifiesto que la igualdad efectiva no puede reducirse a la prohibición de establecer salarios diferentes para hombres y mujeres en puestos equivalentes. También requiere eliminar aquellas prácticas laborales que, por su impacto, pueden situar a las mujeres en una posición de desventaja. En este sentido, el **asunto Maïstrellis (C-222/14)** resulta significativo, ya que el TJUE consideró discriminatoria una normativa que condicionaba el permiso parental retribuido de los funcionarios varones a que la madre del menor trabajase. El Tribunal entendió que dicha regulación reforzaba los roles tradicionales de género y perpetuaba la idea de que las responsabilidades familiares corresponden principalmente a las mujeres.

Asimismo, en el **asunto WA contra INSS (C-450/18)**, el TJUE declaró discriminatoria una regulación española que reconocía un complemento de pensión exclusivamente a las mujeres con dos o más hijos. El Tribunal consideró que la finalidad de compensar la contribución demográfica de las mujeres no justificaba, por sí sola, la diferencia de trato respecto de los hombres que se encontraban en una situación comparable.

En definitiva, la evolución de la jurisprudencia del TJUE demuestra una progresiva ampliación del concepto de igualdad retributiva. El Tribunal ha pasado de garantizar la igualdad salarial en situaciones estrictamente comparables a prestar atención también a los supuestos de **trabajo de igual valor, discriminación indirecta, falta de transparencia retributiva y desigualdades vinculadas al embarazo, la maternidad y las responsabilidades familiares**.

Este desarrollo jurisprudencial se complementa con la normativa europea, particularmente con la **Directiva 2006/54/CE**, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación. La Directiva incorpora el principio de igualdad de retribución y establece mecanismos destinados a garantizar una protección efectiva frente a la discriminación.

De este modo, la jurisprudencia del TJUE y la legislación europea han contribuido conjuntamente a consolidar un marco jurídico orientado no solo a prohibir las diferencias salariales expresas, sino también a combatir aquellas estructuras y prácticas aparentemente neutrales que perpetúan la desigualdad retributiva entre hombres y mujeres.

### 3. Brecha salarial y discriminación retributiva

La brecha salarial representa la diferencia existente entre los salarios percibidos por hombres y mujeres. Ahora bien, no toda brecha salarial implica necesariamente discriminación.

Debe distinguirse entre **brecha salarial** y **discriminación salarial**. La existencia de una diferencia estadística entre las remuneraciones medias de hombres y mujeres no significa automáticamente que exista una discriminación jurídica.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La brecha salarial puede estar condicionada por múltiples factores estructurales. Entre ellos se encuentran la concentración de mujeres en determinados sectores profesionales peor remunerados, la mayor utilización del trabajo a tiempo parcial entre las mujeres, la interrupción de las carreras profesionales debido a responsabilidades familiares y la menor presencia femenina en determinados puestos de responsabilidad.

No obstante, estas circunstancias no eliminan la relevancia jurídica de la desigualdad.

En determinados casos, las diferencias estructurales pueden estar conectadas con mecanismos de discriminación indirecta. Además, la infravaloración económica de profesiones o tareas desarrolladas mayoritariamente por mujeres puede contribuir a mantener una desigualdad de carácter estructural.

Por ello, el principio de «igual salario por trabajo de igual valor» resulta esencial. Su finalidad consiste precisamente en evitar que la discriminación se produzca mediante la asignación de categorías profesionales distintas a trabajos que, materialmente, presentan un valor equivalente.

La valoración de los puestos debe realizarse mediante criterios objetivos, verificables y neutros desde el punto de vista del género. Deben considerarse factores como la cualificación, la responsabilidad, el esfuerzo, las condiciones de trabajo y la naturaleza de las funciones. El **Real Decreto 902/2020** refuerza esta perspectiva mediante el principio de transparencia y la correcta valoración de los puestos de trabajo.

## IV. INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN Y TUTELA

La prohibición de discriminación salarial debe ir acompañada de mecanismos efectivos de protección. De poco sirve reconocer formalmente el derecho a la igualdad retributiva si la persona trabajadora no pudiera acceder a la información necesaria para demostrar la existencia de una diferencia injustificada.

En este sentido, la normativa española combina diferentes instrumentos: el registro retributivo, las auditorías retributivas en determinados supuestos, los sistemas de valoración de puestos de trabajo, los planes de igualdad y los mecanismos de tutela judicial.

### 1. Planes de igualdad

Los planes de igualdad constituyen uno de los principales instrumentos de carácter preventivo destinados a garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Su finalidad no se limita a detectar posibles situaciones de discriminación, sino que pretende realizar un diagnóstico de la situación existente en la empresa y establecer medidas concretas dirigidas a corregir las desigualdades identificadas.
En este contexto, la **negociación colectiva** adquiere una especial relevancia, dado que la elaboración de los planes de igualdad debe desarrollarse, con carácter general, mediante la participación de la representación de las personas trabajadoras. Precisamente, la negociación del plan ha generado diversas controversias ante los

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

tribunales, especialmente en aquellos supuestos en los que resulta difícil constituir la comisión negociadora por la falta de participación o respuesta de las organizaciones sindicales.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha abordado la cuestión relativa a la posibilidad de elaborar e inscribir un plan de igualdad cuando la negociación no puede desarrollarse en las condiciones ordinarias debido a una situación de **bloqueo negociador**. En este sentido, la **STS de 1 de julio de 2025 (RC 104/2024; ECLI:ES:TS:2025:3378)** admitió la inscripción y registro de un plan de igualdad elaborado por la empresa con participación de determinados trabajadores, al considerar que concurría una situación excepcional que impedía contar con un interlocutor sindical para su negociación. Esta resolución reitera la doctrina establecida por la **STS 545/2024, de 11 de abril (rec. 123/2023)**, que reconoce que, ante circunstancias excepcionales de bloqueo negociador, no puede hacerse recaer sobre la empresa la imposibilidad de aprobar un plan de igualdad cuando esta haya actuado diligentemente para promover su negociación.

No obstante, el Tribunal Supremo también ha precisado que no cualquier dificultad en el proceso negociador puede calificarse como bloqueo. Así, la **STS de 3 de diciembre de 2025 (RC 94/2024; ECLI:ES:TS:2025:5706)** consideró que no existía una situación de bloqueo negociador, al no haberse acreditado una negativa reiterada e imputable al sindicato. En consecuencia, consideró válida la decisión de la autoridad laboral de denegar la inscripción del plan. En la misma línea se pronuncia la **STS de 5 de febrero de 2026 (RC 159/2024; ECLI:ES:TS:2026:662)**, que rechazó la existencia de bloqueo negociador al no haber acreditado la empresa que hubiera realizado las actuaciones necesarias para convocar a los sindicatos más representativos.

De esta jurisprudencia se desprende, por tanto, que la excepción al régimen ordinario de negociación debe interpretarse de manera restrictiva. La existencia de un bloqueo negociador requiere una actuación diligente por parte de la empresa y la acreditación de que se han realizado las actuaciones necesarias para hacer posible la negociación.

Otro de los aspectos relevantes abordados por el Tribunal Supremo se refiere a los efectos derivados de la falta de resolución de la Administración dentro del plazo legalmente establecido para resolver la solicitud de inscripción del plan de igualdad.

La **STS de 3 de junio de 2025 (RC 241/2023; ECLI:ES:TS:2025:2856)** reiteró la doctrina establecida por la **STS 545/2024, de 11 de abril**, según la cual, presentada la solicitud de inscripción del plan ante la autoridad laboral, existe un plazo de **tres meses** para resolver. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, opera el **silencio administrativo positivo**, por lo que la solicitud debe entenderse estimada. Esta doctrina ha sido confirmada posteriormente por la **STS de 17 de septiembre de 2025 (RC 237/2023; ECLI:ES:TS:2025:3971)** y por la **STS de 14 de octubre de 2025 (RC 95/2024; ECLI:ES:TS:2025:4599)**.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

La relevancia de esta interpretación reside en que proporciona seguridad jurídica a las empresas y a las personas trabajadoras, evitando que la falta de actuación de la Administración pueda prolongar indefinidamente la incertidumbre sobre la eficacia del plan. Una vez producido el silencio positivo, la Administración no puede posteriormente dictar una resolución denegatoria desconociendo los efectos jurídicos ya producidos.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha delimitado las competencias de la Administración y de los órganos jurisdiccionales en relación con el registro de los planes de igualdad. La **STS de 28 de mayo de 2026 (RC 86/2025; ECLI:ES:TS:2026:2317)** reitera que corresponde a la Administración realizar un **control formal** de los requisitos exigidos legalmente para la inscripción del plan. En consecuencia, la autoridad laboral puede denegar la inscripción cuando no se cumplan dichos requisitos, pero el control de la legalidad sustantiva del contenido del plan corresponde a los tribunales. Esta sentencia aborda, además, la adaptación de un plan de igualdad previamente inscrito a una nueva regulación. El Tribunal Supremo rechaza que el incumplimiento del plazo previsto para dicha adaptación implique automáticamente la pérdida de vigencia del plan ya registrado, al considerar que dicha consecuencia no está expresamente prevista por la normativa.

En estos casos, la consecuencia jurídica debe ser la exigencia de adaptación del plan a las nuevas previsiones legales, pero no su desaparición automática.

En definitiva, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo está contribuyendo a configurar un marco jurídico más preciso en torno a los planes de igualdad. Las resoluciones analizadas permiten identificar tres cuestiones fundamentales: la necesidad de garantizar una **negociación efectiva**, la aplicación del **silencio administrativo positivo** cuando la Administración no resuelve dentro del plazo establecido y la delimitación entre el **control formal de la Administración y el control jurisdiccional de la legalidad**. Todo ello refuerza la función de los planes de igualdad como instrumentos efectivos para prevenir y corregir las desigualdades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral.

## 2. Registro retributivo y auditoría salarial

El **Real Decreto 902/2020** introdujo varios mecanismos de transparencia salarial, entre ellos el registro retributivo y la auditoria salarial.

El "registro retributivo" permite obtener una imagen de la estructura salarial de la empresa y detectar posibles diferencias entre hombres y mujeres. En empresas de al menos cincuenta trabajadores, el Estatuto de los Trabajadores contempla además una especial obligación de justificación cuando la diferencia entre las remuneraciones medias de ambos sexos alcanza determinados niveles.

Todas las empresas deben disponer de un registro salarial que incluya: los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales. La finalidad es facilitar la detección de diferencias injustificadas.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Las empresas obligadas a disponer de plan de igualdad deben realizar "auditorías salariales". Estas auditorías permiten, identificar desigualdades, evaluar sistemas de clasificación profesional y diseñar medidas correctoras.

### 3. Tutela judicial

Cuando existe discriminación salarial puede acudirse al procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas previsto en los artículos 177 y siguientes (capítulo XI del Título II del Libro II) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Se trata de un procedimiento de carácter preferente y sumario destinado a garantizar una protección rápida y eficaz. Tiene por objeto frenar el acto lesivo (tutela inhibitoria), restaurar el derecho (tutela restitutoria) e indemnizar los daños causados (tutela resarcitoria).

La acción de tutela de derechos fundamentales en el orden social no tiene, con carácter general, un plazo autónomo y uniforme de caducidad. El plazo puede cambiar completamente dependiendo de qué derecho fundamental se ha vulnerado, quien lo ha vulnerado y que acto concreto se impugna.

Por ejemplo, si estamos ante una "desigualdad retributiva" en la que se vulnera el artículo 14 de la CE hay que distinguir entre caducidad y prescripción. **Si la desigualdad retributiva** no deriva de un acto empresarial sometido a una modalidad procesal con plazo de caducidad específico, **la acción de tutela de derechos fundamentales** no caduca a los 20 días. El art. 179.2 LRJS remite al plazo de prescripción o caducidad correspondiente a la conducta que produce la lesión. Y el art. 59 ET establece que las acciones derivadas del contrato que no tengan un plazo especial prescriben al año.

**Por tanto, ante una** discriminación retributiva continuada, **lo habitual será hablar** de prescripción anual, **no de caducidad**. En ese caso, no estamos necesariamente ante un único acto producido hace varios años, sino ante una situación lesiva que continúa en el tiempo. Esto tiene especial importancia para determinar qué cantidades pueden reclamarse. Además, el Tribunal Supremo ha reconocido expresamente que, cuando existe discriminación retributiva, las diferencias salariales dejadas de percibir pueden constituir la indemnización por el daño material (lucro cesante) derivado de la vulneración del derecho fundamental, y no simplemente una reclamación ordinaria de cantidad.

En los supuestos de "brecha salarial" entre hombre y mujer resulta interesante la **STS 28 de mayo de 2025**, en la que se viene a establecer que cuando una trabajadora percibe una retribución inferior a la de trabajadores hombres que realizan un trabajo igual o de igual valor, y quiere ejercitar una acción de tutela de derechos fundamentales por discriminación retributiva a efectos de determinar la cuantía de la indemnización habría que atender a cuándo comenzó la diferencia retributiva; si continúa actualmente; si afecta al salario base, complementos, incentivos, clasificación profesional, etc.; si existe un trabajador comparable; si se trata

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

de trabajo igual o de igual valor; cuál es la causa de la diferencia; si la pretensión es de tutela de derecho fundamental, de **reclamación de cantidad**, o ambas; y qué período de diferencias salariales puede recuperarse.

La sentencia estimatoria puede incluir, la declaración de vulneración del derecho fundamental, la nulidad de la actuación empresarial, el cese inmediato de la conducta discriminatoria; el restablecimiento del derecho vulnerado y la indemnización por daños y perjuicios.

La jurisprudencia reciente STS de 17 de diciembre de 2025 ha destacado la obligación judicial de pronunciarse sobre la cuantificación del daño moral cuando resulte acreditada una vulneración de un derecho fundamental, aunque el trabajador no aporte una prueba detallada ni una cuantificación exacta de los perjuicios sufridos.

## V. CONCLUSIONES

La igualdad retributiva entre mujeres y hombres constituye actualmente un derecho plenamente reconocido tanto por el Ordenamiento Jurídico Español como por el Derecho de la Unión Europea.

Sin embargo, la persistencia de la brecha salarial demuestra que la igualdad formal no siempre se traduce en una igualdad real y efectiva. Las diferencias salariales actuales suelen manifestarse a través de mecanismos indirectos relacionados con la organización del trabajo, la segregación ocupacional y las responsabilidades familiares asumidas mayoritariamente por las mujeres.

Los avances normativos producidos durante los últimos años, especialmente mediante la implantación de planes de igualdad, registros retributivos y auditorías salariales, han reforzado significativamente la transparencia y el control de las prácticas empresariales.

No obstante, todavía existen importantes desafíos. Resulta necesario mejorar los sistemas de valoración de los puestos de trabajo y fortalecer la inspección laboral.

En definitiva, aunque el marco jurídico actual ofrece instrumentos adecuados para combatir la discriminación salarial, la consecución de una igualdad retributiva efectiva exige una aplicación rigurosa de dichos mecanismos y un compromiso permanente de las empresas, de las administraciones públicas y de los agentes sociales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Roqueta Buj, R. (2024). Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

Sagardoy Bengoechea, J. A., Núñez-Cortés Contreras, P. y Nieto Rojas, P. (2022). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**Anexo legislación**

Constitución Española de 8 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29/12/1978).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores ( BOE número 255, de 24/10/2015) (RDLET).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245, de 11/10/2011) (LRJS).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación.

Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre.

Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Convenio nº 100 y 111 de la OIT sobre igualdad de remuneración y discriminación en materia de empleo y ocupación.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Directiva 2023/970 de la UE.

Directiva 2006/54/CE de la UE.

**Anexo jurisprudencia**

STJUE, asunto Egenberger (C-414/16), asunto IR/JQ (C-68/17), G4S Secure Solutions (C-157/15) y Bougnaoui (C-188/15), asunto Feryn" (C-54/07), "asunto CHEZ RB" (C-83/14), asunto Chacón Navas" (C-13/05), "asunto Test-Achats" (C-236/09).

STJUE: asunto 43/75, Defrenne; asunto 170/84; asunto Tesco Stores (C-624/19); asunto Danfoss; Bilka asunto C-127/92; asunto Enderby; asuntos Dekker (C-177/88) y Hertz (C-179/88);asuntos Jiménez Melgar (C-438/99), Tele Danmark (C-109/00), Brown (C-394/96) y Paquay (C-460/06); asunto Maïstrellis (C-222/14); asunto WA contra INSS (C-450/18).

STS de 9 de abril de 2026 (RC 61/2025).

STS de 1 de julio de 2025 (RC 104/2024; ECLI:ES:TS:2025:3378).

STS 545/2024, de 11 de abril (rec. 123/2023).

STS de 3 de diciembre de 2025 (RC 94/2024; ECLI:ES:TS:2025:5706).

STS de 5 de febrero de 2026 (RC 159/2024; ECLI:ES:TS:2026:662).

STS de 3 de junio de 2025 (RC 241/2023; ECLI:ES:TS:2025:2856).

STS 545/2024, de 11 de abril.

STS de 17 de septiembre de 2025 (RC 237/2023; ECLI:ES:TS:2025:3971).

STS de 14 de octubre de 2025 (RC 95/2024; ECLI:ES:TS:2025:4599).

STS de 28 de mayo de 2026 (RC 86/2025; ECLI:ES:TS:2026:2317).

STS 28 de mayo de 2025.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# LA NULIDAD DE ACTUACIONES Y SU CONEXIÓN CON EL "ERROR JUDICIAL" DE LETRADOS/AS DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y SU CONSECUENCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL AL ALBUR DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2.026

*Virgilio Romero Benjumea*

Abogado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid

**SUMARIO:** *I. Introducción. II. Identificación de la resolución judicial. III. los hechos que determinan el Auto del Tribunal Supremo 22 de julio de 2026. IV. "Error" judicial y nulidad de actuaciones. La ingeniosa solución adoptada. V. Parte dispositiva. VI. El incidente de nulidad de actuaciones promovido de oficio. VII. Delimitación del error "judicial" cometido por el/la LAJ. VIII. Los hechos que determinan la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de marzo de 2.026. IX. La inadecuación de procedimiento. X. Parte dispositiva. XI. Error judicial versus funcionamiento anormal de los órganos de justicia. XII. Conclusiones. XIII. Bibliografía. XIV. Jurisprudencia*

*"La buena suerte libra a muchos del castigo, pero a nadie le libra del miedo"*

*SÉNECA*

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene su germen en una reciente Resolución del Tribunal Supremo como consecuencia de la actuación anómala en el la que incurre la Secretaría de un Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En el **Auto del Tribunal Supremo 22 de julio de 2026** se declara la nulidad de actuaciones por la falta de validez y eficacia de los escritos de preparación e interposición de un recurso de casación para la unificación de doctrina (en adelante, RCUD) interpuesto; así como la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la preparación del recurso.

## II. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

**Auto del Tribunal Supremo 22 de julio de 2026**. RCUD: 4073/2025. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

## III. LOS HECHOS QUE DETERMINAN EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO 22 DE JULIO DE 2026

La parte recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la **Sentencia** dictada por la Sala de lo Social **del TSJ de Andalucía (Granada), 1856/2025, de 11 de septiembre** (R. Supl. 2058/2024).

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Invocó como única **Sentencia de contraste la dictada el 29 de mayo de 2025** por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), **núm. 1413/2025** (R. Supl. 1469/2024), **cuya firmeza venía adverada por la Secretaría de dicha Sala.**

Por alguna circunstancia de la cual no se deja constancia en la Resolución comentada (y que suscita la curiosidad del Letrado suscribiente) se apreció por la Sala de lo Social la posible falta de firmeza de la sentencia invocada como referencial y como consecuencia se libró **Oficio de fecha 12 de marzo de 2026**, dirigido a la Secretaría del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía competente y cuya sentencia sería utilizada para contrastar, que verificara expresamente la firmeza, o no, de la misma.

De modo paralelo, mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2026 **la parte recurrente admitía error en la sentencia que se había querido invocar de contraste**, señalando que ésta debía ser la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, **496/2024, 7 de marzo** (RSU 1993/2022), que sí era firme.

Se recibió en la Sala Social del Tribunal Supremo **Oficio de la Secretaría del TJS de Andalucía, de 19 de marzo de 2026**, que certificaba que la sentencia de contraste invocada inicialmente por la parte recurrente -la Sentencia **1413/2025, de 29 de mayo de 2025** (R. Supl. 1469/2024)-, **NO ERA FIRME.**

Por **Providencia de 12 de mayo de 2026**, se dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para **alegaciones sobre la posible nulidad de actuaciones** desde la preparación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

La parte recurrente, en su escrito de alegaciones de 19 de mayo de 2026, (posterior en todo caso a la Providencia de la Sala IV citada), **insiste en su error en la invocación de sentencia** -quería haber indicado que la correcta era la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de **Andalucía, 496/2024, de 7 de marzo** (RSU 1993/2022), si bien **solicita que, de no admitirse la subsanación del error, se decrete la nulidad de actuaciones y se retrotraigan las mismas al momento anterior al defecto**.

El Ministerio Fiscal, en su **Informe de 12 de mayo de 2026**, se muestra favorable a declarar la nulidad de actuaciones, con retroacción de estas al momento de presentación del escrito de preparación del recurso, al objeto de evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes.

Hago constar que la deficiencia denunciada es de estricto corte procesal.

## IV. "ERROR JUDICIAL" Y NULIDAD DE ACTUACIONES. LA INGENIOSA SOLUCIÓN ADOPTADA

Hay que buscar su regulación en el **artículo 185.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social** que indica que la pretensión de nulidad de la sentencia o resolución firme por defectos de forma que hayan causado indefensión deberá plantearse, de concurrir los presupuestos para ello, por la vía del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Por alusiones, dicha norma contempla que como regla general no se admitirán **incidentes de nulidad de actuaciones**. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, (es decir, los reconocidos en el **artículo 14** y la **Sección Primera** del **capítulo II**) cumpliendo los requisitos de que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

En el caso que nos ocupa es el propio Alto Tribunal, el que percatado del dislate (**la sentencia elegida de contraste o es firme o no lo es**), el que procede a abrir un Incidente de Nulidad de actuaciones de oficio, en el cual se presentaron alegaciones tanto por parte del demandante-recurrente como por el Ministerio Fiscal.

**Es una solución de economía procesal** llamativa, en la que a mi modo de ver el Tribunal Supremo se anticipa a un camino previsiblemente tortuoso (la no admisión del RCUD al incumplir la preceptuado en el **artículo 221.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social** que compele, a que las sentencias que hayan sido seleccionadas como referenciales **deberán haber ganado firmeza** a la fecha de finalización de la interposición del recurso), y que conllevaría a unas actuaciones posteriores por parte del demandante-recurrente que retrasarían la solución que a la postre vendría a ser la misma bajo el paraguas de la tutela judicial efectiva del **artículo 24 de la Constitución Española**.

## V. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Decretar la nulidad de actuaciones, **declarando la falta de validez y eficacia de los escritos de preparación e interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina** interpuesto por D. Adriano y D. Roberto, ambos representados por el Letrado D. Juan Ramón Medina Cepero, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada), núm. 1856/2025, de 11 de septiembre de 2025 (R. Supl. 2058/2024**); así como la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la preparación del recurso, para que por la Sala de suplicación, una vez recibidas las actuaciones y el rollo de suplicación, se conceda a la parte recurrente un nuevo plazo de diez días para que proceda a preparar el recurso de casación para la unificación de doctrina, designando otra sentencia de contraste** con cumplimiento de las exigencias de los artículos 221 y 224.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

## VI. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PROMOVIDO DE OFICIO

La promoción del incidente de nulidad de actuaciones de oficio por parte del Alto Tribunal considero debe acomodarse a los dispuesto en el **Artículo 227 de la ley de Enjuiciamiento Civil** que versa sobre la declaración de nulidad y pretensiones de anulación de actuaciones procesales.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Se nos indica que la nulidad de pleno derecho, en todo caso, **y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión**, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate.

La Resolución de la Secretaría del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no incurre en un defecto de forma, si bien considero provoca una efectiva indefensión a la parte recurrente al comunicar la firmeza de la Sentencia que se utilizaría como referencial para el RCUD de modo erróneo.

El meritado precepto también entra a valorar la posibilidad de que el Tribunal pueda de oficio o a instancia de parte, pero siempre con anterioridad de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

Considero por lo tanto que ninguna quiebra se produce en la norma rituaria, hasta que llegamos al siguiente párrafo de la norma examinada donde ya se suscitan más dudas: *En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.*

Reitero, aquí ya surgen dudas. La expresión ***en ningún caso*** *(*no admite exégesis) ***con ocasión de un recurso*** (en nuestro supuesto se dilucida un Recurso unificador) ***decretar de oficio una nulidad de actuaciones***. Y no se da ninguno de los requisitos de la salvedad expresa, pues ni ha habido falta de jurisdicción ni de competencia objetiva, ni de competencia funcional ni se ha producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

Como ya hemos observado en el **Auto del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2026**, no da respuesta a una solicitud de nulidad de actuaciones integrada en el recurso casacional interpuesto. Al contrario, surge de la voluntad del propio tribunal advertido del error en que incurre la Secretaría del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y es ya, al abrir la fase de alegaciones a las partes cuando, tanto por el Ministerio Público como por el propio recurrente se solicita dicha nulidad.

## VII. DELIMITACIÓN DEL "ERROR "JUDICIAL" COMETIDO POR EL/LA LAJ

A mi modo de ver se da una duplicidad de errores, aunque inconexos.
Primero, el cometido por la Secretaría del TSJ de Andalucía al indicar la firmeza de una Sentencia que no ostentaba dicha categoría, siendo no susceptible por lo tanto del reproche en vía casacional.
Un segundo error pero que deviene accesorio, es el postulado por el Letrado recurrente al indicar que se había equivocado en la selección de la sentencia referencial.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

Una cuestión que podría surgir: ¿el/la Letrado/a de la Administración de Justicia puede cometer "error judicial"?

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2.026** (recurso 9/2025), ha respondido a la cuestión con rotundidad. **NO, NO PUEDE.**

Por avatares del destino, es la misma Sección del Alto Tribunal (la Primera) y el mismo ponente, el Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva quien ha dictado resolución sobre el particular en este mismo año 2.026.

Veamos a continuación la Sentencia reseñada.

## VIII. LOS HECHOS QUE DETERMINAN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 2 DE MARZO DE 2.026

Es una demanda solicitando la calificación de error judicial por parte de la empresa respecto de una resolución dictada por un Juzgado de lo Social.

Su argumentación es que nunca tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento. La falta de citación le provoca una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al haberle colocado en una situación de indefensión material.

Se ha desestimado su solicitud de nulidad de actuaciones.

La clave para el Alto Tribunal es que en efecto han existido **errores de tramitación** que corresponden a la Letrada de la Administración de Justicia, lo que impide considerar la existencia de un error judicial en favor de una reclamación de indemnización de daños por el supuesto funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Por ello, el Tribunal Supremo declara que la pretensión contenida en la demanda no se adecúa a la naturaleza del proceso de reconocimiento de error judicial porque debe recordarse que ya en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2015** (RC 3/2014) ya subrayaron que el concepto de error judicial contemplado en el **art. 121 de la Constitución** y desarrollado en los arts. 292 y siguientes de la LOPJ **ha de dimanar de una "resolución judicial"** (esto es, del juez o tribunal) firme, injusta o equivocada, viciada de un error patente, indubitado e incontestable, o que incluso, haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas e irracionales.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo tiene declarado en múltiples ocasiones (por todas, **Sentencia de 31 de mayo de 2013**) que para que un error judicial sea el error judicial a que se refiere el **artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**, y, en consecuencia, deba ser declarado (expresamente reconocido, según la dicción del siguiente **artículo 293**), es preciso que reúna determinadas características. En los mencionados artículos, el legislador ha dispuesto un recurso excepcional, (excepcional porque se dirige contra una

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

resolución con autoridad de cosa juzgada) para hacer posible la reparación de los daños causados por esa resolución siempre que de forma incuestionable sea errónea, es decir, haya sido dictada con base en un error inexcusable.

Pues bien, reiteradamente ha puesto de manifiesto esta Sala que **este procedimiento tiene como objeto el reconocimiento de la existencia de un error inherente a una decisión tomada por jueces y magistrados**, en concreto sentencias y autos, si bien también se ha admitido contra providencias (**Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011**, de **5 de febrero de 1992** y **Auto de 26 de septiembre de 2019**).

De esta forma, quedan excluidos de este procedimiento los actos llevados a cabo por el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia: Sean los/as Letrados de la Administración de Justicia [**SSTS/IV 772/2025, de 11 de septiembre** (error judicial 1/2024), **Sala I 236/2016, de 8 de abril** (error judicial 39/2014) y **710/2016, de 25 de noviembre** (error judicial, 23/2015)], médicos forenses, gestores, tramitadores y personal del cuerpo de auxilio judicial e, incluso, el Ministerio Fiscal, cuyas actuaciones pueden ser objeto de un procedimiento por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia pero, en ningún caso, puede fundamentar una demanda de error judicial en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## IX. LA INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La pretensión contenida en la demanda no se adecua a la naturaleza del proceso de reconocimiento de error judicial.

No es cuestionable la importante labor que realizan los/las Letrados/as de la Administración de Justicia en el funcionamiento de los juzgados y tribunales.

Pero, el procedimiento de error judicial es de cognición limitada. Un procedimiento extraordinario que se presenta directamente ante el Tribunal Supremo y sirve para modificar una resolución judicial que ha cometido un error evidente y claro y **solo alcanza a las decisiones adoptadas por el juez** en el ejercicio de su función jurisdiccional: sentencias, autos y providencias.

Por lo tanto, no alcanza a cualquier otra actuación realizada por otros operadores jurídicos pertenecientes al juzgado.

## X. PARTE DISPOSITIVA

Resuelve la sala cuarta que la aplicación de todo lo expuesto **conlleva la conclusión de que la parte ha acudido indebidamente al procedimiento de reconocimiento de error judicial**, dado que el supuesto daño que se está reclamando no trae causa de una decisión judicial injusta y equivocada que encierre un error craso patente e indubitado, sino el derivado de una determinada actuación en el proceso (notificación de la

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

demanda y citación al juicio), que se imputa a las actuaciones de la Letrada de la Administración de Justicia, que es a quien le corresponde realizar los actos relativos de citación, notificación y comunicación.

De lo anterior se deduce que, dado que no cabe hablar aquí en absoluto de error judicial estricto y propio al que se refiere el art. 293 de la LOPJ, estamos ante una causa de inadmisión de la demanda de error judicial.

*FALLO: Sentado todo cuanto antecede, hemos de desestimar la demanda formulada, con imposición de costas a la empresa demandante (art. 293.1.e) LOPJ)*

## XI. ERROR JUDICIAL VERSUS FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LOS ÓRGANOS DE JUSTICIA

**La diferencia entre ambas resoluciones es que, en** el primer caso, se trata de un error que emana de una resolución (Sentencia, Auto o incluso Providencia como ya vimos) injusta o manifiestamente equivocada, viciada de un error patente, indubitado o incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas, ilógicas o irrazonables tal y como contemplaba la ya clásica **Sentencia del tribunal Supremo de 05 de febrero de 1.992.** Lo cometen Jueces, Magistrados y Tribunales.

En el segundo caso, deben darse los requisitos de daño actual, real y efectivo en el perjuicio cuya indemnización se pretende, y en la relación de causa a efecto entre el mismo y el funcionamiento anormal invocado. (JOAQUÍN MARTÍ). Para el citado autor, haciendo suyas las palabras del Tribunal Supremo el ámbito del error no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en cuanto a los hechos a la aplicación del derecho, teniendo el error judicial un significado preciso y restringido, de forma que no toda equivocación es susceptible de ser calificado error judicial, debiendo reservarse para tal calificación a supuestos especialmente relevantes, sin que este proceso sea una nueva instancia.

## XII. CONCLUSIONES

Respecto del Auto del Tribunal Supremo objeto del comentario, a mi modo de ver de manera acertada ha escalado a la cima de la pirámide normativa (**Constitución Española**) y desde ahí ha observado con preferencia el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho que se rige de un modo riguroso al objeto de que circule la tramitación del proceso con todas las garantías, salvando incluso la norma sobre la nulidad de actuaciones ex Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según la evolución histórica ha pasado de ser el incidente de nulidad de actuaciones una mera garantía de los derechos, «a ostentar el carácter de garantías como verdadero derecho fundamental», FUIGUERUELO BURRUEZA, A.

Se ha "economizado" por parte del Tribunal Supremo si se me permite la expresión, las previsibles fases de la tramitación judicial y se ha dado una solución justa ajustándola a la tesis de GUASP DELGADO, sobre la divergencia entre lo factico y lo jurídico.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

En este sentido, el Tribunal Constitucional recuerda que los trámites y requisitos procesales no son un «puro capricho ritual», sino una necesidad de ordenación del proceso a través de ciertos cauces objetivos en garantía de los derechos de los ciudadanos, **Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1994, de 18 de julio.**

## XIII. BIBLIOGRAFÍA

JOAQUÍN MARTÍ I MARTÍ, MONOGRAFÍAS DIFUSIÓN JURÍDICA. Pág. 99.

FUIGUERUELO BURRUEZA, A.: El derecho a la tutela judicial efectiva, cit., pág. 20.

GUASP DELGADO, J.: Posibilidad, en fin, de reclamar ante los Tribunales de Justicia el cumplimiento de cuanto el Derecho reconoce y la fuerza de los hechos niega. La pretensión procesal, Madrid (Civitas), 1981.

## XIV. JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2.026.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2015.

Sentencia de 31 de mayo de 2013.

Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo 5 de febrero de 1992.

Auto de 26 de septiembre de 2019.

Sentencia del tribunal Supremo de 05 de febrero de 1.992

SSTS/IV 772/2025, de 11 de septiembre.

STS/I 236/2016, de 8 de abril.

STS/IV 710/2016, de 25 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1994, de 18 de julio.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

# COMENTARIO A LA STC 28/2025, DE 10 DE FEBRERO: PROTECCIÓN DEL INFORMANTE, ACOSO INSTITUCIONAL E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LA CONSOLIDACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA FRENTE A REPRESALIAS POR DENUNCIA DE CORRUPCIÓN

*María Tania Segovia Fernández*

Técnica Superior de Protección al Denunciante

**SUMARIO:** *I. Identificación de la resolución. II. Antecedentes del caso. III. Cuestión constitucional planteada. IV. Fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional. V. La inversión de la carga de la prueba. VI. Conexión con la Ley 2/2023 y el estándar europeo. VII. Alcance institucional y efectos del fallo. VIII. Valoración crítica. IX. Conclusión*

**Resumen:** *La STC 28/2025, de 10 de febrero, constituye una resolución especialmente relevante para la protección de las personas que informan sobre corrupción o irregularidades públicas. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo interpuesto por un agente de la Policía Local de Torrevieja que, tras denunciar presuntas irregularidades en el funcionamiento municipal, sufrió una sucesión de actuaciones administrativas y laborales que fueron valoradas como acoso institucional. La sentencia refuerza dos ideas centrales: la necesidad de analizar globalmente los indicios de represalia y la obligación de desplazar la carga de la prueba hacia la Administración cuando existan datos razonables de vulneración de derechos fundamentales.*

## I. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

- **Órgano:** Tribunal Constitucional.
- **Resolución:** STC 28/2025, de 10 de febrero.
- **Demandante de amparo:** Un agente de la Policía Local de Torrevieja.
- **Administración afectada:** Ayuntamiento de Torrevieja.
- **Derechos fundamentales concernidos:** integridad física y moral (art. 15 CE); tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (art. 24.1 CE).
- **Objeto del comentario:** represalias contra un denunciante de corrupción, acoso laboral institucional y estándar probatorio aplicable en procesos de tutela de derechos fundamentales.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO

El conflicto tiene su origen en 2013, cuando el agente denunció irregularidades vinculadas al servicio policial municipal, entre ellas la falta de control en la recaudación de multas y determinadas actuaciones inspectoras presuntamente arbitrarias. Tras comunicar inicialmente los hechos por cauces internos sin obtener una respuesta eficaz, acudió a la vía penal.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

A partir de ese momento se sucedieron varias actuaciones que el demandante vinculó causalmente con su denuncia. Las represalias no fueron únicamente de carácter laboral - cambios de turno sin aviso previo, imposición de jornadas sin descanso obligatorio, denegación sistemática de vacaciones, permisos y ayudas escolares -, sino también personales y psicológicas. Se publicaron panfletos en la comisaría tildándole de "cefalópodo, animal viscoso y asqueroso" o "sepia". Se le retiró el arma reglamentaria sin previo aviso y se filtraron sus escritos privados para enemistarlo con sus compañeros interinos. Se llegó a enviar un escrito a Tráfico sugiriendo que había perdido facultades para conducir, extremo que resultó falso tras la correspondiente revisión médica.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche estimó la demanda (sentencia n.º 851/18) y reconoció una indemnización de 95.816,22 euros por los daños psicológicos sufridos. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana revocó la sentencia al considerar que las medidas examinadas aisladamente tenían cobertura formal o no afectaban exclusivamente al recurrente. Posteriormente, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación por falta de interés casacional.

## III. CUESTIÓN CONSTITUCIONAL PLANTEADA

La cuestión constitucional no consistía únicamente en determinar si cada actuación administrativa podía encontrar una justificación formal separada, sino en valorar si el conjunto de medidas padecidas por el agente revelaba una reacción institucional frente a su denuncia. El núcleo del conflicto no era, por tanto, la legalidad aislada de cada acto, sino su finalidad retaliatoria tras la comunicación de irregularidades en la Policía Local de Torrevieja.

El problema jurídico central era doble: por un lado, determinar si se había lesionado el derecho a la integridad moral (art. 15 CE) mediante una situación de acoso laboral instrumentada a través de actos administrativos formalmente legales; por otro, si los órganos judiciales habían aplicado correctamente la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba cuando se alegan represalias por el ejercicio de derechos fundamentales (art. 24.1 CE).

## IV. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional corrige el enfoque del tribunal de apelación y establece una doctrina que puede sintetizarse en tres ejes:

### 1. Rechazo del análisis fragmentado de los hechos

La existencia de una cobertura jurídica aparente para cada actuación administrativa no neutraliza por sí sola la posible vulneración constitucional. Una decisión formalmente legal puede convertirse en lesiva si se utiliza de forma selectiva, acumulativa o desviada para castigar a quien ha denunciado irregularidades. El Tribunal exige, en consecuencia, una valoración conjunta, contextual y finalista de las actuaciones administrativas. La

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

clave no reside en si la Administración dispone de potestad para cambiar un turno o retirar un arma, sino en si esa potestad se ejerció con una finalidad hostil tras la denuncia.

**2. No necesidad de prueba plena de la intención represiva**

En materia de derechos fundamentales, no puede exigirse al demandante una prueba plena de la intención represiva. Basta con que aporte un panorama indiciario suficiente que genere una sospecha fundada de represalia. En el caso examinado, la coincidencia temporal entre la denuncia penal del agente y el inicio de los ataques fue calificada por el Tribunal como "abrumadora".

**3. Garantía de indemnidad**

La sentencia vincula directamente la protección del informante con el artículo 24.1 CE, asegurando que nadie puede sufrir consecuencias negativas por el ejercicio de su derecho a denunciar irregularidades públicas. La apariencia de legalidad del acto administrativo no excluye su eventual dimensión lesiva cuando este se inserta en un patrón de hostigamiento.

## V. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El núcleo procesal de la STC 28/2025 es el desplazamiento de la carga de la prueba, doctrina que ya apuntaba la jurisprudencia constitucional previa (entre otras, la STC 17/2005) y que ahora se consolida con especial claridad en el ámbito de las represalias contra informantes.

**Carga del informante:** debe aportar indicios razonables de que el acto administrativo constituye una represalia. En el caso de Torrevieja, la proximidad temporal entre la denuncia penal y el inicio sistemático de los actos de hostigamiento cumplía sobradamente este estándar.

**Carga de la Administración:** una vez acreditados los indicios, corresponde a la Administración demostrar que sus decisiones obedecieron a causas reales, objetivas y proporcionales, ajenas a cualquier voluntad de represalia. El Ayuntamiento de Torrevieja se mostró huérfano de prueba, sin aportar peritajes ni testigos que contradijeran la existencia del acoso.

Este desplazamiento probatorio no es una mera regla procesal: responde a la especial naturaleza de los derechos fundamentales y a la dificultad estructural de probar una intención represiva oculta tras actos formalmente neutros. Su eficacia depende, sin embargo, de que los órganos judiciales apliquen el estándar de forma rigurosa y no recaigan en un análisis fragmentario que vacíe de contenido la garantía.

## VI. CONEXIÓN CON LA LEY 2/2023 Y EL ESTÁNDAR EUROPEO

Aunque la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, no resultaba aplicable *ratione temporis* al inicio de los hechos, la STC 28/2025 se alinea claramente con su lógica protectora. En particular, conecta con el artículo 38.4, que presume la represalia cuando el informante acredita que comunicó una infracción y sufrió un

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

perjuicio, salvo que la entidad afectada pruebe una causa justificada y ajena a la comunicación. La sentencia, por tanto, anticipa constitucionalmente el estándar legal que posteriormente consagrará la legislación ordinaria.

- El contexto europeo refuerza esta lectura. La Declaración de Bratislava de NEIWA[1], adoptada el 22 de mayo de 2026 por autoridades europeas de integridad y protección del informante, insiste en la necesidad de:
- Fortalecer la independencia institucional de los órganos de protección.
- Ampliar el alcance material de la protección más allá del acoso directo, atendiendo también las formas indirectas e informales de represalia.
- Garantizar medidas de apoyo jurídico y psicológico permanente a las personas informantes, reconociendo que el acoso puede generar daños crónicos en la salud.
- Asegurar la aplicación coherente de la inversión de la carga de la prueba en los Estados miembros.

Este marco confirma que la eficacia de los canales de información depende no solo de su existencia formal, sino de la confianza real que inspiren y de la protección efectiva frente al daño posterior a la denuncia.

## VII. ALCANCE INSTITUCIONAL Y EFECTOS DEL FALLO

El Tribunal Constitucional declara la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y de la providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, y confirma la firmeza de la sentencia de instancia, que había reconocido la existencia de acoso laboral y fijado una indemnización a favor del recurrente por los daños morales y psicológicos derivados del hostigamiento.

El fallo no solo restablece la posición jurídica individual del demandante, sino que fija una pauta interpretativa vinculante para futuros litigios sobre represalias contra informantes. Sus efectos institucionales son de notable calado:

- **Obligación de documentación rigurosa:** las administraciones públicas deben documentar de manera objetiva y proporcionada las razones de las decisiones que puedan afectar a una persona denunciante, abandonando respuestas meramente defensivas basadas en la legalidad formal de cada acto.
- **Fortalecimiento de los canales de protección:** el pronunciamiento refuerza la necesidad de canales internos y externos confiables, de medidas tempranas de protección y de una cultura administrativa que no penalice la comunicación de irregularidades.
- **Articulación territorial del sistema de protección:** el modelo español se apoya en un esquema de descentralización y especialización. Las comunidades autónomas pueden constituir sus propias

[1] https://whistleblowingmonitor.eu/network-of-european-integrity-and-whistleblowing-authorities/

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

autoridades independientes o designar órganos existentes para ejercer dichas funciones en el ámbito de la protección al informante/denunciante.

## VIII. VALORACIÓN CRÍTICA

La relevancia de la STC 28/2025 reside en que transforma un conflicto inicialmente laboral y administrativo en una cuestión constitucional de primer orden. El informante de corrupción no queda protegido únicamente por una política pública de integridad, sino por derechos fundamentales que imponen a los poderes públicos deberes positivos de prevención, investigación y reparación.

La sentencia advierte, además, de un riesgo frecuente en los casos de represalia: la normalización de decisiones formalmente neutras que, acumuladas y contextualizadas, revelan un patrón de hostigamiento. El caso del informante represaliado ilustra con especial elocuencia esta dinámica: un agente calificado como "muy profesional" y "nada conflictivo" pasó, tras su denuncia, a sufrir un aislamiento sistemático instrumentado a través de actos administrativos individualmente revestidos de legalidad, pero colectivamente orientados al castigo.

Desde una perspectiva institucional, el pronunciamiento obliga a las autoridades de protección del informante y a las administraciones públicas a superar la lógica de la defensa formal. No basta con que cada acto administrativo encuentre cobertura normativa: debe acreditarse que la decisión obedeció a causas reales y objetivas, ajenas a cualquier propósito represivo. La sentencia envía, en este sentido, un mensaje de tolerancia cero ante las represalias institucionales, blindando constitucionalmente a los informantes frente a la arbitrariedad administrativa.

## IX. CONCLUSIÓN

La STC 28/2025 consolida una doctrina de gran alcance: cuando una persona denuncia irregularidades y posteriormente sufre una cadena de perjuicios, los órganos judiciales deben examinar el conjunto de los hechos con especial atención al contexto, a la proximidad temporal y a la posible finalidad represiva. La protección del informante no puede reducirse a una garantía nominal ni quedar neutralizada por la apariencia de legalidad de actos aislados.

La sentencia ratifica que la eficacia del sistema de denuncias depende de una protección real frente al daño posterior. En un Estado democrático de derecho, denunciar la corrupción es una conducta protegida y socialmente valiosa que emana del mandato de dignidad de la persona; perseguir al denunciante, incluso mediante decisiones formalmente administrativas, puede constituir una vulneración directa de derechos fundamentales. La protección del informante ha dejado de ser una declaración de intenciones para convertirse en una obligación institucional activa, donde la vigilancia regional y el respaldo constitucional son los garantes frente a la arbitrariedad y el silencio impuesto.

Nº 3/2026
Septiembre
ISSN 2792-226X

## CONSEJO EDITORIAL

*Marta Vicente de Gregorio*
Magistrada Sección Penal TI Toledo. Plaza nº 3
sede en Talavera de la Reina

*Pedro Belda Calvo*
Magistrado en excedencia

*Gloria Rodríguez Barroso*
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 15

*Soledad Hidalgo Serna*
Magistrada Sección Social TI de Madrid. Plaza nº 29

*María Jesús Muñoz Company*
Magistrada Sección Penal TI Orihuela. Plaza nº 4 desplazada en Torrevieja

*Javier Casado Román*
Letrado de la Administración de Justicia

*Juan Antonio Flecha Muñoz*
Magistrado Sección de Instrucción TI Guadalajara. Plaza nº 2
con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer

*Sacramento Ruiz Bosch*
Magistrada Sección Penal TI Orihuela. Plaza n.º 1

*Rafael Ponce Cuéllar*
Magistrado Sección de Violencia sobre la Mujer TI Mataró. Plaza nº 1

*Lluís Pérez Losa*
Magistrado Sección Civil TI Barcelona. Plaza nº 25

*José María Bernabéu Vergara*
Magistrado Sección Civil TI de Elx/Elche. Plaza nº 3

*Julia Serrano Trigueros*
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI Lorca. Plaza nº 4
con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer

*Óscar Jiménez Moriano*
Magistrado Sección Civil y de Instrucción TI Plasencia. Plaza nº 1

*Juan Alejandro Vallino Gutiérrez*
Magistrado Sección Civil TI San Bartolomé de Tirajana. Plaza nº 4

*Javier del Corte López*
Magistrado Sección Civil TI Bilbao. Plaza nº 1

*Yolanda Urbán Sánchez*
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 15

*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

*Patricio Arribas Atienza*
Magistrado Sección Civil TI Benidorm. Plaza nº 2
Letrado de la Administración de Justicia en excedencia

*Victoria Gallego Martínez*
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI El Vendrell. Plaza nº 7

*Francesc Calls Ginesta*
Magistrado Sección Penal TI Barcelona. Plaza nº 4.

*Sergio Brunet Santos*
Magistrado Sección Civil del TI Barcelona. Plaza nº 48

*Ángel Marcos Gómez Aguilera*
Magistrado Sección Civil TI de Algeciras. Plaza nº 4

*Virginia Vega Clemente*
Magistrada Sección Civil y de Instrucción TI Plasencia. Plaza nº 3

*María Gavilán Rubio*
Magistrada Sección Civil e Instrucción TI de Arganda del Rey. Plaza nº 3

*Javier de Lemus Vara*
Magistrado Sección Civil TI Sevilla. Plaza nº 28

*Juan José Losa Benito*
Magistrado Sección Civil TI Alcobendas. Plaza nº 7

*Victoria Trujillo Machuca*
Magistrada Sección Civil TI Guadalajara. Plaza nº 2

*Montserrat Carceller Valls*
Magistrada Sección Civil TI Sabadell. Plaza nº 5

*Ana Ríos Cabrera*
Magistrada Sección Penal del TI Plasencia. Plaza nº 2

*Jaime Klein López*
Magistrado Sección de Instrucción del TI Guadalajara. Plaza nº 1

*Pilar Barrado Liesa*
Magistrada Sección Civil del TI Barcelona. Plaza nº 45

*Margarita Fons Carbonell*
Magistrada Sección Social TI Las Palmas de Gran Canaria. Plaza nº 4

*Jesús Rodríguez Hernández*
Magistrado Sección Social TI Madrid. Plaza nº 12

*Juan Francisco Moreno Domínguez*
Magistrado Sección Social del TI Tarragona. Plaza nº 2

*Luis Sánchez Quiñones*
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 15

*Yolanda Fernández López*
Magistrada Sección Social TI Pamplona/Iruña. Plaza nº 4

*Francisco Javier Pozo Moreira*
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 14

*José R. Dámaso Artiles*
Magistrado Sección Social TI Barcelona. Plaza nº 17

*Araceli Crespo Pascual*
Magistrada Sección Social TI Guadalajara. Plaza nº 1

*Concepción Esther Morales Vállez*
Magistrada Sección Social TI Madrid. Plaza nº 23

*José María Nacarino Lorente*
Magistrado Sección Penal TI Orihuela, Plaza nº 2, sede en Torrevieja

*Juan José González López*
Magistrado Sección Contencioso-Administrativo TI Tarragona. Plaza nº 2

Nº 3/2026
Septiembre
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***