

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 278/2021, de 10 de mayo [ROJ: STS 1875/2021]

INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA INTIMIDAD MEDIANTE DISPOSITIVO GPS

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2021, dictada por el magistrado D. Francisco Marín Castán, tiene como objeto la resolución del conflicto ocasionado por la intromisión ilegítima en la intimidad de una persona por haber sido colocado en su automóvil un dispositivo GPS sin su consentimiento en el marco de una investigación realizada por un detective privado para emitir un informe que sirviera como prueba en un proceso de familia en el que el perjudicado no era parte.

La sentencia mencionada resuelve el recurso de casación presentado por el demandado, el detective privado, que realizó la instalación del dispositivo GPS en el automóvil del demandante. El recurso de casación se basa en tres motivos, pero solo haremos referencia a los dos primeros.

1. Infracción del artículo 18.1 de la Constitución española en relación con los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Asimismo, se cuestiona el juicio de ponderación realizado por la sentencia dictada en apelación entre el derecho a la intimidad y el derecho de defensa.

Para resolver este primer motivo del recurso de casación la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo basa su desestimación en tres fundamentos. En primer lugar, examina el alcance del derecho fundamental a la intimidad personal frente al uso generalizado de las nuevas tecnologías que comprometen o pueden comprometer la intimidad personal y, para realizar dicho examen, analiza la jurisprudencia y la legislación aplicable al caso, en concreto y, entre ellas, examina la STS 600/2019 [ROJ: STS 3505/2019], la cual se apoyó en la STS 799/2010 [ROJ: STS 7549/2010] y explica los presupuestos que han de concurrir para legitimar cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

Sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el artículo 7.1 y 7.5 LO 1/1982, en relación con el artículo 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» y «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2» de la LO 1/1982.

De conformidad con la doctrina del TC, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del

principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Tras esta reflexión, el TS concluye que la utilización de un dispositivo GPS sin consentimiento del afectado, que ha permitido saber en todo momento, durante cuatro meses, la localización del demandante en primera instancia tiene una «incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros» como esfera de su intimidad personal. No obstante, debemos tener en cuenta que no toda injerencia derivada del uso de un dispositivo GPS es ilícita pues siempre que exista habilitación legal y proporcionalidad en la medida será considerada como legítima.

En segundo lugar, analiza la habilitación legal para la utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización con fines de investigación criminal. Hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que exige, además del requisito de la proporcionalidad, que «la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional». Y continúa explicando que «toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas ora incida directamente en su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal» (STC 233/2005 [ECLI:ES:TC:2005:233]). Continúa dictando que «no podrá 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».

Por todo ello, podemos colegir, al igual que la Sala de lo Civil del TS, que solo serán legítimas las prácticas que conlleven las injerencias en la intimidad, de cualquier persona mediante la utilización de GPS, cuando se lleven a cabo «por las fuerzas policiales en el curso de una investigación criminal por delitos graves, al considerarse en estos casos una medida proporcionada a los fines legítimos de la investigación criminal» y siendo necesario para su práctica la previa autorización judicial.

En tercer lugar, examina la falta de habilitación legal para que los detectives privados puedan usar este tipo de dispositivos y para ello se apoyó en los párrafos tercero y sexto del artículo 48 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, concluyendo que esta norma, «lejos de habilitar, prohíbe expresamente a los detectives privados utilizar para sus investigaciones medios materiales o técnicos que atenten contra el derecho a la intimidad personal o familiar».

Por todo lo que acabamos de explicar, el Tribunal Supremo desestima el motivo. Primeramente, hace alusión a que el conflicto atañe solo al derecho fundamental a la intimidad del demandante en primera instancia y no al derecho de defensa del code mandado absuelto por el Juzgado de Primera Instancia, que encargó el informe como prueba en el proceso de familia que se llevaba a cabo contra su exmujer, pues ha quedado probado durante el procedimiento judicial que el hoy recurrente fue el único responsable de colocar el dispositivo GPS en el vehículo del demandante y, en consecuencia, el TS no acepta que «el derecho de defensa —en su dimensión de derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes—» estuviera en entredicho puesto que los datos que el cliente del detective necesitaba para el procedimiento de modificación de medidas «se podrían haber obtenido mediante otras técnicas diferentes del seguimiento permanente del hoy recurrido».

Y continúa decretando que «ninguno de los argumentos del recurrente —en casación— permiten considerar contrario a derecho el juicio de ponderación del tribunal sentenciador». Para llegar a esta valoración la Sala de lo Civil hace varias reflexiones. Comienza estableciendo que «no es cierto que el uso de dispositivos GPS sea inocuo para la intimidad». Basa su argumento en que «el TEDH incluye en el derecho a la intimidad, el derecho de todo ciudadano a mantener contacto con cualesquiera otras personas y a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada». Y por ello considera que «la vigilancia por GPS es un medio idóneo para lesionar la intimidad, al servir para revelar datos o informaciones sobre la conducta de la persona investigada». En este caso concreto se trató de un seguimiento «permanente e indiscriminado», «exhaustivo y continuo», durante las 24 horas del día y durante cuatro meses, por lo que el TS estima que es «tiempo más que suficiente para elaborar con los datos de ubicación del vehículo un perfil sobre las conductas diarias del afectado, incluyendo las relativas a aspectos de su vida privada».

Asimismo, dispone que «la conducta enjuiciada tiene cabida en los supuestos de intromisión ilegítima a que se refiere el artículo 7 de la LO 1/1982», pues este precepto no contiene un *numerus clausus* de supuestos, sino que se admiten «otras hipótesis que guarden cierta homogeneidad».

Igualmente, no admite la explicación de que «los avances tecnológicos y el uso generalizado de la geolocalización en dispositivos personales como teléfonos móviles conllevan una nueva realidad que obliga a reinterpretar el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad» y ello porque toda herramienta de localización «precisa del previo consentimiento del titular del dispositivo» y, aclara aún más la Sala de lo Civil del TS, «ha de ser el ciudadano el que decida libremente hasta qué punto está dispuesto a sacrificar su intimidad en función de las ventajas o beneficios que le reporte el uso de esas aplicaciones o herramientas web».

Y, para finalizar la desestimación de este primer motivo, el Alto Tribunal no admite que «el uso de este tipo de dispositivos esté legalmente permitido y constituya un medio idóneo y proporcionado para el fin pretendido» y, todo ello, con base en que el «artículo 48 de la Ley 5/2014 no permite el empleo por detectives privados de medios que

vulneren el derecho a la intimidad». Son solamente «las fuerzas y cuerpos policiales los que están legalmente habilitados para su uso, en la actualidad previa autorización judicial, pero siempre y cuando se utilicen como medios de investigación criminal de delitos graves y se trate de medidas proporcionales al fin constitucionalmente legítimo de su investigación».

2. El segundo motivo de casación —de carácter subsidiario— se funda en la infracción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 pretendiendo impugnar la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo desestima este motivo aludiendo a la doctrina jurisprudencial de la propia Sala pues «es constante y reiterado que la fijación de la cuantía de la indemnización por daño moral en procesos por derechos fundamentales corresponde a los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios legales que establece el artículo 9.3 de la LO 1/1982 o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción».

3. Respecto del último motivo del recurso de casación que se funda en la infracción del artículo 394 LEC relativo a la condena en costas no se analizará pues no es objeto de examen.

Jésica DELGADO SÁEZ
Doctora en Derecho. Abogado
jessicadelgado@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero

EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD PARA LAS PAREJAS DE HECHO, ¿UN CASO DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL?

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero de 2021, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional en resolución del recurso de amparo núm. 1343-2018, aborda una problemática compleja: el tratamiento jurídico del rito matrimonial romaní desde la perspectiva de la prohibición constitucional de discriminación. En particular, desestima la demanda de amparo interpuesta por una ciudadana de etnia gitana que solicitaba el reconocimiento de su derecho a una pensión de viudedad tras el fallecimiento de la persona con la que se unió en matrimonio conforme a los usos y costumbres gitanos en el año 1974, tuvo cinco hijos en común y convivió al menos durante los quince años anteriores a su muerte. La sentencia constitucional respalda así la posición previamente adoptada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la que se le reconocía a la recurrente dicho derecho.

Como es conocido, en España el rito matrimonial romaní no produce efectos civiles. En consecuencia, quienes hayan celebrado una unión matrimonial conforme a la tradición gitana a la muerte de su pareja no podrán acceder a la pensión de viudedad, salvo que se hayan constituido como pareja de hecho. Esta posibilidad se introdujo en nuestro ordenamiento a través de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que modificó la Ley General de la Seguridad Social. La situación de desamparo en la que podían quedar las parejas unidas por el rito gitano con anterioridad a esta fecha suscitó una enorme polémica en nuestro país hace algo más de una década, con motivo de la condena al Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Muñoz Díaz c. España. En aquel caso, las autoridades administrativas y judiciales españolas denegaron el acceso a la pensión de viudedad a una ciudadana que había contraído matrimonio conforme a la tradición gitana con un hombre con el que convivió durante veintinueve años y tuvo seis hijos. El Tribunal de Estrasburgo, si bien aclaró que el respeto al Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone a los Estados parte la obligación de reconocer efectos civiles a las uniones celebradas conforme a este ritual, consideró que las particulares circunstancias del caso revelaban un trato discriminatorio por razones étnicas. La señora Muñoz Díaz había mantenido durante años la convicción de que su matrimonio gozaba de plena validez jurídica y las autoridades nacionales habían reforzado dicha creencia con sus actuaciones, reconociéndola como esposa del difunto en varios documentos oficiales. No reconocer su derecho a la pensión de viudedad en esta situación contravenía la práctica habitual de la Administración española, que en otros casos había considerado la creencia de buena

fe en la validez de un matrimonio motivo suficiente para garantizar esta prestación, constituyendo esta diferencia de trato injustificada una vulneración de la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Para la señora Joaquina Cortés Cortés, recurrente en amparo en la sentencia que ahora comentamos, su caso resultaba equiparable al asunto Muñoz Díaz c. España. Habiendo contraído matrimonio conforme al rito gitano años atrás, actuando de buena fe y con la creencia de la plena validez del mismo, denegarle la pensión de viudedad habría constituido un tratamiento discriminatorio contrario al artículo 14 CE. De manera subsidiaria, de no reconocerse su derecho a la pensión de viudedad por esta vía solicitaba que se le otorgara esta prestación por su convivencia *more uxorio* con el fallecido, consolidada a lo largo de los años de forma pública. La Ley General de la Seguridad Social en 1994, en su artículo 174 —cuyo tenor literal mantiene el actual artículo 221—, consideraba pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad a quienes cumplieran un requisito material y otro formal: una convivencia estable notoria e ininterrumpida no inferior a cinco años y su constitución formal con una antelación mínima de dos años antes del fallecimiento. La inscripción de la pareja en el registro correspondiente o la formalización de su vínculo mediante escritura pública se consideran requisitos *ad solemnitatem*, necesarios para la existencia jurídica de la pareja a estos efectos. Una aplicación estricta de esta normativa, por tanto, excluía la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad de la recurrente, que nunca formalizó su unión con el fallecido por ninguno de estos cauces. Sin embargo, la señora Cortés Cortés consideraba que una interpretación semejante del ordenamiento incurría en una discriminación indirecta, en la medida en que la regla en cuestión estaba formulada en términos neutrales respecto a la etnia, pero provocaba un efecto desproporcionadamente perjudicial en los miembros del colectivo gitano.

El Tribunal Constitucional descarta, en primer lugar, la identidad entre el caso sometido a su examen y el asunto Muñoz Díaz c. España. A diferencia de lo que ocurrió en aquel supuesto, las autoridades administrativas nunca indujeron a la señora Cortés Cortés y al que fuera su pareja a creer que su unión constituía un matrimonio reconocido y protegido como tal por el Derecho español. Ambos figuraban en todos los documentos oficiales como solteros y sus hijos en común constaban en el libro de familia como no matrimoniales. Por otro lado, en numerosas ocasiones el Tribunal ha aclarado que el no reconocimiento de efectos civiles al rito matrimonial romaní es una opción legítima del legislador que no contraviene el derecho al matrimonio reconocido en el art. 32 CE ni incurre en una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación recogidos en el art. 14 CE. Considerando que no existe motivo alguno para cambiar esta jurisprudencia consolidada, los magistrados desestiman la pretensión principal de la actora. Hecho esto, centran su atención en la posible existencia de una discriminación en relación con la exigencia de formalización de la pareja de hecho en orden a acceder a la pensión de viudedad. A este respecto descartan la existencia de una discriminación directa, dado que la razón de denegar la pensión de viudedad a las parejas que no se hayan constituido formalmente como pareja de hecho no se funda

en motivos étnicos. A su entender, no concurre en el presente caso una forma de discriminación contra la etnia gitana, sino «la consecuencia ordinaria de la propia decisión personal, libre y voluntaria, de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho del vínculo, las cuales [...] no están condicionadas a la pertenencia a una raza [...] ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras». Descartan asimismo la posibilidad de que la señora Cortés Cortés pueda exigir un tratamiento normativo desigual en atención a sus particulares tradiciones, por no tener cabida en nuestro ordenamiento constitucional la figura de la *discriminación por indiferenciación*. Por último, niegan la existencia de una discriminación indirecta en la normativa vigente, dado que no existe un perjuicio para los miembros del colectivo gitano respecto de otros colectivos que opten por no formalizar su unión de vida, y tampoco puede sostenerse que la interpretación y aplicación de esta normativa tengan un impacto desproporcionadamente perjudicial para el pueblo romaní.

En contra del criterio de la mayoría, y demostrando una mayor sensibilidad a la obligación de protección del pueblo romaní que imponen a las autoridades nacionales nuestra Constitución y una larga serie de acuerdos internacionales ratificados por el Estado español, presenta un voto particular el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. A su entender, la sentencia de la mayoría no aplica debidamente los parámetros de control que han de emplearse a la hora de examinar una presunta discriminación indirecta. Es preciso tomar en consideración los datos estadísticos relativos al volumen de población de etnia gitana residente en España, a su estado civil y a la frecuencia con la que formalizan sus uniones conforme a su rito cultural tradicional de forma exclusiva, para poder confrontar estos datos con la población general. Dado que en la población gitana las familias compuestas de manera nuclear por un matrimonio representan el 64,1 %, frente al 54,7 % en la población general, y que la unión de vida exclusivamente por el matrimonio gitano está presente en el 28 % de personas casadas de esta comunidad y este porcentaje ha mostrado una tendencia alcista en los últimos años, mientras que en la población general se ha mantenido en torno al 15 % el porcentaje de parejas que optan por uniones de vida frente al 85 % que lo hacen por el matrimonio, es posible afirmar que la exigencia de inscripción o formalización pública de las uniones de hecho implica para la población romaní, en mayor proporción que para la población general, un perjuicio notorio. Señala el magistrado, además, que el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho se vincula a periodos de cotización no despreciables y ello repercute de forma especialmente negativa en la población gitana, que sufre mayores tasas de desempleo de larga duración. Por último, subraya que el perjuicio por la normativa es particularmente grave para las mujeres gitanas, dado que en general las personas que solicitan esta prestación son mayoritariamente mujeres y dentro de la comunidad romaní el sustentador principal de la familia es el varón en el 83 % de los casos. Siendo así que la regulación objeto de examen genera efectos desfavorables especialmente significativos para un colectivo vulnerable, el respeto a la prohibición constitucional de discriminación exige que ello responda a una finalidad

legítima y objetivamente justificada, y constituya además una medida adecuada a la consecución de tal fin y proporcional en sentido estricto. Como la finalidad última de exigir la formalización de las parejas de hecho no es otra que probar la existencia de una unión de vida, y dada la solidez de la tradición cultural del rito romaní dicho extremo puede considerarse probado en casos como este, el magistrado concluye que se debería haber otorgado el amparo solicitado a la recurrente, por vulneración de su derecho a no ser discriminada reconocido en el art. 14 CE.

Laura HERNÁNDEZ LLINÁS
Personal Investigador en Formación (FPU)
laurahllinas@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2021, de 18 de marzo

LA ESPECIAL PROTECCIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD PERSONAL MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

La reciente STC 73/2021 de 18 de marzo, destaca la especial importancia que tiene el procedimiento de *habeas corpus* sobre el derecho fundamental a la libertad y seguridad que consagra el artículo 17 de la Constitución española. Su pronunciamiento nos aporta un criterio doctrinal uniforme en cuanto a dejar sin efectos la exigencia de promover el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones que contempla el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los casos en que se interponga el recurso de amparo contra la denegación de incoación de los procedimientos de *habeas corpus*. Cabe recordar que después de la reforma introducida en este artículo mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias contradictorias sobre este requisito previo, debido a que el incidente de nulidad es un recurso excepcional y subsidiario que hace factible, si procede, la nulidad de los actos procesales, por el propio juzgado que los dictó, en aquellos casos en que no se haya cumplido lo establecido por las leyes procesales. En estos casos, la nulidad de actuaciones debe estar motivada por la vulneración de algún derecho fundamental indicado en el artículo 53.2 de la Constitución española, es decir, los comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Norma Suprema. Si bien es cierto, en la resolución analizada el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y, a su vez, fija su criterio jurisprudencial a favor del trascendental respeto que merece el derecho a la libertad que señala el artículo 17.4 de la CE. sin embargo, no ha sido unánime su estimación, por lo que se han formulado dos votos particulares, de los cuales, en el primero se adhirieron dos magistrados más.

La principal razón que expone el Tribunal Constitucional es la especial importancia que el constituyente dio al procedimiento del *habeas corpus*, al instituir esta garantía constitucional en el mismo contenido del derecho a la libertad que encontramos en el artículo 17 CE, destacando sus apartados 1 y 4. «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. 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» y «La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». Pues, si el *habeas corpus* no se ha incluido en el artículo 53.2 CE como garantía a las libertades y derechos fundamentales, es debido a su exigencia de celeridad y a la carencia de formalismos para establecer el control judicial de la detención, dejándola fuera del enfoque formalista que caracteriza a la vía de amparo constitucional del citado artículo 53 CE que sí debe cumplir el requisito de agotamiento de la vía judicial previa. Pues, de acuerdo con el contenido del artículo 1 de la ley orgánica reguladora del procedimiento de *habeas*

corpus y su exposición de motivos, prima la necesidad de que el órgano judicial verifique inmediatamente la legalidad y las condiciones de la detención.

El motivo que llevó al Tribunal Constitucional a llegar a esta conclusión fue la especial preocupación de que se estuviese incumpliendo, de modo generalizado y reiterado, su doctrina sobre el referido derecho fundamental por la jurisdicción ordinaria o se diesen resoluciones judiciales contradictorias. Estas dudas razonables han permitido que el máximo intérprete constitucional aporte un criterio doctrinal claro y delimitante sobre los supuestos en que se debe interponer o no el aludido incidente de nulidad de actuaciones, indicando como procedente el «recurso de amparo mixto» que establece la vía del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en contra de una resolución judicial desfavorable del procedimiento de *habeas corpus*, cuyo plazo para interponer el recurso de amparo es de 30 días, a partir de la notificación de la resolución impugnada, en lugar de la vía del artículo 43, el cual va dirigido frente a disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios con otras dirigidas frente a las resoluciones judiciales dictadas al instar la protección de sus derechos.

En este contexto, el Tribunal Constitucional entró al estudio de la vulneración del derecho de la libertad personal del recurrente cuya solicitud de *habeas corpus* fue motivada al ser detenido un viernes a las 22:00 horas, según su parecer, ilegalmente en las dependencias policiales y no ser puesto a la inmediata disposición del juzgado de instrucción de guardia con sede en Badajoz, quien, de forma indebida e injustificada, retrasó el trámite de la solicitud de *habeas corpus* que se presentó por su letrado a las 23:30 pm y se le dio trámite a las 8:30 am del día siguiente, a pesar de que el agente policial instructor dejó constancia en el atestado de que a las 23:40 horas del día de la detención se puso en contacto telefónico con el juez de instrucción en funciones de guardia quien, dentro de las instrucciones que dejó, se indicó que se le llamará entre las 8 y 9 h para recibir en mano el atestado y resolver lo procedente. Cabe destacar que no se realiza ninguna gestión con el detenido, paralizando las actuaciones hasta la resolución judicial. Lo cual queda reflejado en las observaciones de la carátula del atestado añadiendo «(no efectuar reseña por policía científica)». Ya en sede judicial consta que a las 8:40 h del día siguiente a la detención (sábado) la admisión de la solicitud de *habeas corpus*, acuerda su registro y el traslado al Ministerio fiscal para que emita el informe a que alude el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, en el cual solicita el archivo de las actuaciones, por no darse ninguno de los supuestos descritos en el artículo 1 de la citada Ley. Finalmente, la resolución del juzgado de instrucción de guardia que acordó denegar la incoación del procedimiento de *habeas corpus* solicitado y el archivo del procedimiento fue notificado al recurrente a las 13:30 horas del día siguiente a su detención (transcurriendo 14 horas desde la solicitud hasta la notificación de la resolución). Y puesto el recurrente a disposición de la autoridad judicial a las 10 am del día domingo, es decir, veinte horas y media después de ser denegada la solicitud de *habeas corpus* (cabe recordar que la detención del recurrente se dio a las 22 horas de

un viernes y se puso a disposición del juez de guardia el domingo a las 10 horas por un presunto delito de atentado a agentes de la autoridad).

El Tribunal Constitucional al resolver el recurso de amparo que se fundamenta en los artículos 24.1 y 17.4 de la CE ha considerado que la resolución impugnada contiene una motivación insuficiente y razonable de la decisión que supone una falta de tutela judicial efectiva, «afecta sobre todo al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de habeas corpus, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía».

La trascendencia de esta sentencia coloca al *habeas corpus* como una garantía de especial protección, teniendo en cuenta su ubicación en el texto de la Constitución española de 1978, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido como derecho fundamental complementario del derecho esencial a la libertad física del individuo, asimismo, el deber del Estado a través de los representantes de sus tres poderes (en este caso, el Poder judicial materializado en el juzgado de instrucción en guardia) de proteger, respetar, reconocer y garantizar la instrumentación y expedita protección sobre el derecho a la libertad individual. Concluyendo que el derecho a la libertad individual desarrollado en el artículo 17 de la Constitución española lleva implícita su garantía en el procedimiento de *habeas corpus*.

Lilián GALVÁN BAUTISTA
Doctora Universidad de Salamanca
liliang@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2021, de 15 de abril [BOE-A-2021-8342]

SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD: EXCLUSIÓN DE LAS LISTAS ELECTORALES DE QUIENES NO OSTENTABAN LA CONDICIÓN DE ELECTORES

Nos referimos al fallo que resolvió el recurso de amparo (electoral) núm. 2117/2021, presentado por el Partido Popular de Madrid (PP) con motivo de la impugnación de sus candidaturas por parte del Partido Socialista Obrero Español de Madrid (PSM) ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 y su subsiguiente estimación por parte del referido órgano judicial mediante sentencia estimatoria de 7 de abril de 2021. Concretamente, el PSM solicitará que no se acepte la inclusión en la candidatura del PP de los señores Conde y Cantó, al no estar debidamente inscritos en el censo electoral a fecha de 1 de enero de 2021, fecha de cierre para las elecciones autonómicas del 4 de mayo del mismo año en Madrid (*cf.* art. 47.2 LOREG), tras la convocatoria anticipada por parte de la presidenta de la Comunidad de Madrid (CAM), Isabel Díaz Ayuso. Previamente, la Junta Electoral Provincial había rechazado las pretensiones del PSM, proclamando válida la candidatura mediante un simple acuerdo de subsanación de efectos con base en que se entendía acreditada la residencia en Madrid al figurar, tras la última renovación del DNI (en marzo), su inscripción en el padrón municipal de habitantes del municipio de Madrid. El caso fue especialmente polémico en el ámbito mediático y político, sobre todo por la inclusión en las candidaturas del PP de la figura de Cantó que, hasta hace unos días, era diputado de Ciudadanos en las Cortes de Valencia hasta su dimisión el 17 de marzo de 2021, empadronándose este el día 22 del mismo mes en la CAM.

El debate jurídico que se suscitó en sede jurisdiccional fue si la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid y la oportuna aplicación supletoria de la LOREG permitían la inclusión de los señores Cantó y Conde como candidatos. Al menos, quedaba claro a priori que no tendrían la condición de electores, pero la decisión estribaba en concreto sobre la relación de aquella con la opción de que fuesen elegibles y si esto último era posible. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid entendió, tras una interpretación, tanto el art. 7.1 del Estatuto de Autonomía de la CAM (LO 3/1983, de 25 de febrero) como el art. 4.2 de la Ley 11/1986 (en relación con su art. 2.1), que el régimen jurídico-electoral conducía a expresar lo siguiente: si no se podía ser elector y, por tanto, el ejercicio de sufragio activo era imposible, tampoco podrían ser los señores Cantó y Conde elegibles y tener facultad de ejercicio del art. 23.2 CE para el proceso electoral en curso, dado que la condición política de madrileño (vecindad administrativa) también era necesaria para ser elector. Concluyendo, por tanto, la necesidad de que, si no se es elector a fecha de cierre del

censo, tampoco podrán optar por presentarse como candidatos a las elecciones de la CAM. Asumiendo así las tesis del PSM.

El PP recurrirá en amparo electoral por vulneración de los arts. 23.1 y 2 CE, manteniendo su tesis de que ni la LOREG (arts. 6 y 7.1) ni la propia Ley Electoral de la CAM contemplan una concreta causa de inelegibilidad o falta de capacidad para ser candidato, explícitamente, que tenga que ver con la inscripción censal, aludiendo a una interpretación conjunta de los arts. 3 y 4 de la Ley Electoral de la CAM y los arts. 6 y 7.1 LOREG. Fundamentalmente, por la falta de concreción del art. 4.1 de la norma autonómica, que asumía como elegibles a los ciudadanos que, poseyendo la condición de elector de conformidad, no estaban incurso en causa de inelegibilidad. Además, Conde y Cantó, según el propio art. 10.8 del Estatuto de Autonomía de la CAM, serían electores y elegibles por ostentar la condición de madrileños, a pesar de la falta de inscripción a que hace referencia el art. 2.2 de la Ley Electoral de la CAM. Esto es, era favorable a una interpretación menos restrictiva que la necesidad de conectar la condición de elector y la de elegible, ya que entendía que el requisito adicional de la inscripción censal era una posición muy restrictiva que chocaba con una norma lógicamente superior a la norma electoral autonómica como el propio Estatuto de Autonomía. Y, por tanto, que no se puede relacionar el requisito para estar en el censo como elector y formar parte del cuerpo electoral con la posibilidad de ser candidato, para estas elecciones autonómicas.

Dado que fue un fallo polémico en sede del Máximo Intérprete de la Constitución, al producirse un empate y dirimirse por vía de que el presidente del Tribunal Constitucional recurrió a su voto de calidad, queda claro que tampoco era totalmente clara la solución ni, por supuesto, decantarse por una u otra tesis. El Tribunal entendió básicamente que la condición de elegible merece una correspondencia tal que permita relacionar a los candidatos con el cuerpo electoral. Es decir, elegibilidad requiere gozar de la necesidad del goce de la capacidad jurídica para ser elector. Una visión colectiva del derecho fundamental de sufragio (art. 23.1 CE) que lleva a entender que no puede aceptarse su total desconexión de su faceta pasiva e individual representada por el art. 23.2 CE. El principio democrático unido a las ideas de representación, legitimidad y el principio de igualdad en la ley, dice el Tribunal, llevan a pensar que no puede asumirse una interpretación y un tratamiento jurídico autónomos.

A mi juicio, una tesis anclada en el formalismo positivista que olvida un criterio de interpretación básico y fundamental para los derechos fundamentales como es el *favor libertatis*, que conduce a elegir la interpretación mas favorable al ejercicio del derecho. No puede olvidarse la intensidad constitucional que despliegan los derechos consagrados en el art. 23 de la Constitución y la relevancia de los asuntos electorales para la expresión plena del carácter democrático del Estado de Derecho. Coincide mi posición con los votos particulares. Entre ellos, el del magistrado Ollero Tassara, que habla de «planteamiento formalista y legalista», criticando el fallo «mayoritario» en un extremo clave como es la alusión a la reforma de la LOREG por vía de la LO 2/2011, de 28 de enero, cuya adopción no perseguía el movimiento de candidatos sino la imposibilidad

de que se alterara el cuerpo electoral; sin que quepa, por tanto, adoptar la visión del recurrente (PSM), que asume esta otra interpretación garantista como una posibilidad de fraude y arma de corrupción.

Los magistrados Martínez-Vares y Montoya Melgar, en sus dos votos particulares, aluden al criterio hermeneútico anteriormente aludido. Asumiendo plenamente que, al ser un derecho de configuración legal, no puede despojarse a la decisión del legislador autonómico de la opción que tomó en su día: se puede ser candidato sin ser elector. Lo contrario sería asumir una interpretación del art. 4.2 de la Ley 11/1986 restrictiva y formalista que no cabe en el asunto estudiado por el Tribunal. Por otra parte, no puede apreciarse vulneración alguna cuando son los ciudadanos de la CAM los que participan como cuerpo electoral, teniendo en cuenta que los señores Conde y Cantó empadronados en municipios de Madrid adquieren tal condición política de ciudadanos de la CAM, como asume el magistrado Montoya Melgar.

Lo correcto sería pues asumir la posibilidad de que se puede ser candidato y elector y el principio de autonomía y el legislador competente (Asamblea de Madrid) así lo decidieron en su día y la sentencia merece una crítica, como la que hace Montoya Melgar: se puede ser candidato si no se es elector, al no prohibirse de forma expresa ni contemplarse como falta de capacidad jurídica para tal fin. Decidir lo contrario es hacer excepción de una regla general (art. 4.2 Ley 11/1986) que el propio Estatuto de Autonomía de la CAM (art. 10.8), en una posición de superioridad lógica a la de la Ley Electoral autonómica, que también la contempla (art. 3.1). Además, ambos candidatos se inscribieron en el padrón antes de expirar el plazo de presentación de candidaturas y conforme a los preceptos referenciados, si no electores eran perfectamente elegibles.

Sergio MARTÍN GUARDADO
Doctorando Universidad de Salamanca
martinguardado@usal.es

Sentencia del TJUE (Gran Sala), Asunto C-392/2019, VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz (procedimiento prejudicial), de 9 de marzo de 2021 [ECLI:EU:C: 2021:181]

LA LUCHA POR EL CONTROL DE INTERNET. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LA INSERCIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS MEDIANTE TRANSLUCIÓN (FRAMING) EN SITIOS WEB

Internet es un lugar que, como diría Melisandre de Asshai, es oscuro y alberga horrores. Este temor por las casi infinitas posibilidades que permite un entorno digital descentralizado y alejado del control del sector público ha dado lugar a una serie de pronunciamientos del TJUE que son, cuando menos, desconcertantes. El último ejemplo de esta tendencia lo encontramos en la sentencia que aquí nos ocupa, en la que se intenta hacer una fusión, algo desencaminada, entra la doctrina establecida en la Sentencia de 13 de febrero de 2014 (As. C-466/12, «Svensson») y la Sentencia de 7 de agosto de 2018 (As. C-161/17, «Renckhoff») para dar a los titulares de derechos un control más intenso sobre el uso de sus obras originales en internet, algo que, ya adelantamos, es complicado.

Los hechos que dan lugar a esta cuestión prejudicial son los siguientes. SPK es la institución encargada de gestionar la Deutsche Digitale Bibliothek que, entre otras posibilidades, ofrece hipervínculos a los contenidos de las instituciones colaboradoras para fomentar así el intercambio cultural. Para ello, incluye *thumbnails* que sirven de enlace para el contenido, mostrando en miniatura lo que el usuario se va a encontrar. Para poder llevar a cabo esta tarea tiene un contrato de licencia, entre otras instituciones, con VG Bild-Kunst, quien a cambio de la licencia les exige que tomen medidas para evitar el *framing* o *inline linking* de las imágenes licenciadas. Sin embargo, SPK se negó a tomar esas medidas al considerarlas excesivas y ajenas al objeto del contrato. Ante esta situación, la propia SPK acudió a los tribunales alemanes para que obligaran a VG Bild-Kunst a conceder la licencia sin esta condición. El asunto llegó al TS Federal de Alemania, que elevó cuestión prejudicial al TJUE para saber si el *framing* o *inline linking* podía considerarse un acto de comunicación al público que requiere el consentimiento del titular de los derechos, algo esencial para saber si la medida era o no razonable.

Esta resolución, como señalábamos al inicio, tiene como objetivo garantizar un elevado nivel de protección a los titulares de derechos y, especialmente, un control preventivo sobre el uso de las obras en el entorno digital. A estos efectos, el TJUE hace una curiosa interpretación de la Sentencia Svensson al afirmar que como el titular de derechos ha indicado que deben tomarse medidas para evitar el *framing* del contenido licenciado, esta situación debe asimilarse a una restricción de acceso en origen. De esta forma, estaríamos llegando a un público nuevo que no fue previsto por el titular al autorizar el acto de comunicación inicial y, en consecuencia, se requiere su consentimiento para realizar el nuevo acto de comunicación.

Como podemos apreciar, la asimilación realizada por el Tribunal es bastante sorprendente. En el caso de las Conclusiones del Abogado General Szpunar encontramos una justificación que tampoco termina de convencer porque, de nuevo, hace una asimilación de conceptos difícilmente entendible. El Sr. Szpunar, haciendo una interpretación ortodoxa de la doctrina Svensson, afirma que estamos ante un acto de comunicación, pero no requiere de la autorización del titular de los derechos porque se ha publicado el contenido en abierto y sin ninguna restricción de acceso en origen. Sin embargo, considera que esta doctrina jurisprudencial solamente se puede aplicar a los enlaces «tradicionales», aquellos sobre los que el usuario tiene que clicar para acceder al contenido. De esta forma, el *framing* o el *inline linking* quedan al margen dado que utilizan la técnica del enlace automático o *hot linking*. La principal diferencia es que el usuario no tiene que clicar en el enlace para visualizar el contenido, sino que aparece ante él como si no hubiera cambiado de página, aunque sigue tratándose de un enlace. Por lo tanto, la inclusión de un enlace automático debe asimilarse a una nueva reproducción y, en consecuencia, a un nuevo acto de comunicación al público que sí requiere de autorización del titular de los derechos, como si estuviéramos en las circunstancias de la Sentencia Renckhoff.

Expuestos ya los hechos que dan lugar a la sentencia y las distintas posiciones del Tribunal y del Abogado General Szpunar, a continuación, analizaremos una serie de preguntas que deberían haberse planteado. En primer lugar, antes de ampliar el ámbito objeto del derecho de comunicación al público, deberíamos estudiar si el sector público puede garantizar un control del entorno digital suficiente como para implementar este control preventivo. El Tribunal y el Abogado General asumen que el *Imperium* del Estado permite un control del mundo digital equivalente al que puede tenerse en el mundo analógico, asunción poco realista. Quizás es momento de analizar esta cuestión con más profundidad y observar que el entorno digital es un espacio altamente descentralizado donde el sector público tiene un poder bastante restringido que le impide controlar lo que ocurre. Tampoco podemos olvidar que estamos ante bienes inmateriales que, en este caso, se explotan mediante archivos digitales, también inmateriales, motivo por el cual el coste asociado a esta actividad ilícita es ínfimo. De esta forma, cometer la infracción está al alcance de cualquiera que tenga un dispositivo con acceso a internet. En consecuencia, seguir aumentando el derecho exclusivo para garantizar un control preventivo cuando este no es posible es un propósito que difícilmente se podrá conseguir. El TJUE y distintos Estados miembros siguen aplicando la normativa de derechos de autor como si siguiéramos en un mundo analógico o, al menos, como si estuviéramos en un estadio primigenio de internet más reducido donde controlar la actividad existente era más sencillo o donde los infractores tenían que asumir más dificultades para cometer la infracción, situación que no existe. La única alternativa viable en este momento es que el sector público se apoye en los intermediarios de la sociedad de la información o «gigantes tecnológicos» que controlan el entorno digital para implementar la normativa. No obstante, este es un escenario poco deseable, dado que estaríamos dejando en manos de sujetos privados, que no tienen obligación de someterse a las normas del debido proceso, la decisión de si una actuación es conforme a derecho o no.

Una segunda cuestión ausente en la sentencia tiene que ver con la aplicación del «elevado nivel de protección» que recoge el Considerando 9 de la Directiva 2001/29. El Tribunal parece entender que los derechos de autor son una institución jurídica que tiene como fin último proteger a los autores de los «malvados» usuarios que quieren «piratear» su obra y crear un mercado paralelo para que no pueda recuperar los costes en que incurrió. Sin embargo, los derechos de autor protegen a los autores como un simple medio para conseguir el tan ansiado, como abstracto, progreso cultural y económico, que es el verdadero fin de este derecho de propiedad *sui generis*. Así, el TJUE lleva casi dos décadas ampliando el ámbito objetivo de los derechos de propiedad intelectual, sin que podamos ver el punto en el que el proceso de expansión termine. El Tribunal parte de la base de que la ampliación de derechos siempre beneficiará al mercado porque a más protección siempre, más incentivos a los autores; como si hubiera una correlación automática entre los intereses de los autores y los del mercado. Lo que es seguro es que esto será positivo para los titulares de derechos, especialmente para los titulares derivativos, pero no se analizan los posibles efectos para el resto de los participantes de este sistema, que merecen el mismo respeto que los autores porque sin ellos tampoco existiría un mercado. Por el contrario, cuando se ha estudiado esta cuestión, se ha afirmado que con el nivel actual de protección estamos haciendo daño al resto de participantes del mercado y sobreincentivando a los autores (*vid.* entre otros *Gowers Review of Intellectual Property*, diciembre de 2006, y *Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth* también conocida como *Hargreaves Review*, mayo de 2011). Por lo tanto, debemos ser conscientes de que hay un punto a partir del cual un ámbito objetivo del derecho exclusivo demasiado amplio puede ser perjudicial para el mercado porque desincentiva la innovación subsiguiente. En consecuencia, si, según los estudios antes citados ya hemos pasado el punto óptimo de protección, con esta sentencia estamos ahondando en ese daño al mercado.

Expuestas las preguntas ausentes, a continuación, haremos una crítica de los argumentos utilizados por el Tribunal y por el Abogado General Szpunar para construir sus resoluciones. En primer lugar, comenzaremos con la sentencia del Tribunal, que hace una aplicación, cuando menos, peculiar de la Sentencia Svensson para garantizar a los titulares de derechos un mayor control sobre sus obras, pese a las reservas al respecto que ya hemos planteado en párrafos anteriores.

En el caso que aquí nos ocupa, el titular de los derechos, al autorizar el acto de comunicación al público en la web de la DDB, no había impuesto ninguna restricción de acceso al contenido licenciado, sino que cualquier usuario de internet que entrara en el sitio web podía verlo. Lo que sí había hecho era imponer por vía contractual a DDB que estableciera medidas contra el *framing* o el *inline linking*. Según el TJUE es lo mismo imponer restricciones de acceso que tomar medidas para que no se haga *framing*. No obstante, esta asimilación es bastante difícil de entender porque ninguno de los dos elementos tiene nada que ver entre sí. Si el titular de los derechos ha autorizado libre y conscientemente la publicación en abierto de sus obras, sin ninguna restricción para su acceso de tal forma que cualquier usuario pueda acceder a ellas, lo hace con todas las consecuencias. Podemos entender que los enlaces automáticos puedan ser molestos para el titular, pero debe saber cómo funciona internet, un funcionamiento que

actualmente el sector público no está en condiciones de cambiar. La construcción de internet se hizo sin un control estrecho del sector público y eso ha llevado a que parte de su funcionamiento no sea el deseado para una parte de la sociedad, sino que sea el que más beneficiaba a quienes participaron en su construcción. Ahora mismo, solucionar estos problemas tiene difícil arreglo, pese a los continuos esfuerzos del TJUE por condicionar su desarrollo, aunque está por ver el efecto que tendrán. En consecuencia, el titular debe ser consciente de que una posibilidad, en absoluto remota, es que alguien enlace dicho contenido en su propia página web porque es algo difícilmente evitable.

Además, es importante recordar que un enlace al contenido, del tipo que sea, no es tan problemático porque el titular de los derechos sigue controlando dicho acto de comunicación (*vid.* <https://html.com/attributes/img-src/>, en particular apartado 2.1.1). Recordemos que el hecho de controlar o no la publicación inicial de la obra fue el motivo por el que se dictó la Sentencia Renckhoff (*vid.* párrafo 30). Así, es difícil de entender que un acto que habría sido legal haciendo una interpretación conjunta de las doctrinas Svensson y Renckhoff, tras este cambio de jurisprudencia, poco justificado, de repente sea contrario al derecho de la UE.

En segundo lugar, los argumentos del Abogado General Szpunar son distintos, pero no más fáciles de comprender, al afirmar que como los usuarios tienen la impresión de estar viendo la imagen sin haberse cambiado de página web, debe entenderse que, efectivamente, estamos ante una nueva reproducción y un acto de comunicación al público.

De nuevo, estamos ante un claro absurdo al hacer una asimilación que carece de sustento lógico. El hecho de que una cosa parezca algo no significa que lo sea. Quizás deberíamos transformar el dicho que dice «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son» por «las cosas son lo que son y no lo que parece que son». No es posible afirmar que estamos ante un nuevo acto de reproducción y de comunicación al público precisamente porque es un enlace, una técnica totalmente distinta, en la que no existe una nueva reproducción de la obra en la red ni, por lo tanto, un nuevo acto de comunicación al público al no existir restricciones de acceso en origen. Por el contrario, el titular de los derechos sigue manteniendo el dominio al controlar el acto de comunicación inicial, como ya indicamos anteriormente.

En conclusión, estamos ante una sentencia desconcertante y, además, difícilmente ejecutable puesto que pretende dar a los usuarios un control preventivo sobre la explotación de sus obras que difícilmente van a poder tener de forma efectiva. Como decíamos al principio, internet es un lugar oscuro y alberga horrores y ante esta situación podemos adoptar la posición de Don Quijote frente a los molinos e intentar cambiarlo o tratar de adaptarnos. El TJUE parece que ha decidido cuál va a ser su línea de actuación.

Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
antonioabartol@usal.es

Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), Asunto C-611/16 P, Xellia Pharmaceuticals ApS y Alpharma LLC c. Comisión Europea (recurso de casación), de 25 de marzo de 2021 [ECLI:EU:C:2021:245]

A VUELTAS CON PRÁCTICAS CONCURRENCIALES DESTINADAS A RETRASAR LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS MEDICAMENTOS GENÉRICOS: EL CASO CITALOPRAM

Desde hace unos años la Comisión Europea ha expresado su creciente preocupación por este tipo de prácticas, conocidas en la doctrina norteamericana por una pluralidad de denominaciones, tales como *reverse exclusionary payment settlements*, *reverse payment agreements*, *reverse payments* [sobre este término *vid.* HOLMAN, C. M. 2007: «Do Reverse Payment Settlements Violate the Antitrust Law». *Santa Clara High Technology Law Journal*, 2007, 23(3): 494] o con la muy directa expresión *pay for delay* (pago por retraso).

Se trata, en suma, de una serie de conductas anticompetitivas cuyo objeto es lograr un concierto de voluntades entre una empresa farmacéutica titular de la patente de un medicamento de referencia (esto es, el medicamento pionero, el primero que utiliza un determinado principio activo en el tratamiento de una enfermedad, cuyo objeto o procedimiento es objeto de registro y protección por derecho de patente) y la empresa farmacéutica que pretende comercializar el denominado medicamento genérico (es decir, aquel medicamento que emplea idéntico principio activo a un medicamento previamente patentado, el medicamento de referencia, una vez finalizada la protección concedida por la correspondiente patente).

Por tanto, el escenario fáctico prototípico donde los *reverse payments* van a producirse cumple siempre una serie de características comunes, a saber: encontramos la existencia de un medicamento de referencia protegido por patente (o certificado complementario de protección, se verá); dicha exclusiva se encuentra próxima a su terminación; y, como consecuencia de ello, una empresa competidora, la empresa de genéricos, estaría interesada en entrar al mercado, realizando actos preparatorios pertinentes, para reutilizar dicho principio activo, pero en otro medicamento.

Ante el riesgo de la entrada de nuevos competidores en el ámbito de su exclusiva [aunque conviene tener en cuenta que hay que evitar equiparar patente con poder de mercado; *cf.* HOVENKAMP, H. 2011: «Antitrust and Innovation: Where we are and where we should be going». *Antitrust Law Journal*, 2011, 77(3): 749], el titular del derecho de patente se ve incentivado a pactar con la empresa de genéricos un contrato cuyo objetivo material es compensar con una cantidad (normalmente muy superior a los rendimientos esperados en la comercialización del medicamento) por la pérdida de oportunidad derivada de la imposibilidad de entrada en dicho mercado.

Se trata, en realidad, de un concierto muy beneficioso para ambas partes: al fabricante de referencia le permite continuar percibiendo sus beneficios supracompetitivos, como monopolista que es, y a la empresa de genéricos le permite obtener «por las molestias» ingresos muy superiores a los que obtendría comercializando el medicamento con el principio activo en cuestión.

La STJUE 611/16 P, que comentamos, es en realidad un ejemplo perfecto de cómo el esquema anterior se lleva a cabo en la práctica, utilizando para ello la pretendida validez de las patentes y la debilidad (fingida o no) de algunas de las reivindicaciones hechas por el fabricante de referencia sobre el principio activo. Ello le da, por tanto, un aspecto de aparente litigio en materia de patentes: el titular del derecho pide la cesación de la conducta y amenaza con la interposición de acciones por infracción, el fabricante de genéricos denuncia la debilidad de las reivindicaciones y, finalmente, «liman asperezas» mediante un acuerdo del que todos salen beneficiados. Bueno, en realidad todos no, los consumidores de medicamentos, los pacientes y, de forma muy relevante, el Servicio Público de Salud se ven privados de la bajada en el precio de los medicamentos que la entrada del genérico en el mercado iba a producir.

La labor en este punto de las Autoridades de Competencia (en este caso la Comisión), así como de los Tribunales encargados de resolver los recursos contra las sanciones, se debe centrar en la demostración de cómo el acuerdo constituye el medio idóneo y necesario a través del cual se logra excluir la competencia del mercado, sin que haya razones sólidas que permitan justificarlo. Es decir, se trata de argumentar por los efectos que el acuerdo restringe la competencia y, de esa forma, se puede calificar entonces de una restricción por el objeto (pues los acuerdos entre empresas son considerados como restricciones por el objeto).

Para poder entender mejor la complejidad de esta práctica es indispensable atender a cómo se regula la comercialización de los medicamentos en el ámbito europeo. Como punto de partida, puede señalarse que la patentabilidad de los medicamentos y su comercialización discurren por caminos paralelos. En principio, la patente se solicita ante la oficina nacional competente (OEPM en el caso español), mientras que la comercialización debe someterse a un control previo a cargo de la correspondiente agencia de control de comercialización (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Agencia Europea del Medicamento). Así, no podrá comercializarse ningún medicamento en el mercado único de la UE sin que dicho fármaco haya obtenido una autorización de comercialización (art. 3 del Reg. 726/2004, de 31 de marzo, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos; en este mismo sentido *vid.* art. 6.1 de la Directiva 2001/83, del Parlamento y del Consejo, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario de medicamentos para uso humano).

En la medida en que esa autorización no es automática, sino que suele demorarse en el tiempo y resulta procedente tras haber superado, al menos, 3 fases de ensayos clínicos y preclínicos [*vid.* CARBAJO CASCÓN F. y TRUJILLO JIMÉNEZ A. 2021: «Acceso a

vacunas y medicamentos patentados en tiempos de emergencia sanitaria (COVID-19)». *La Ley Mercantil*, febrero 2021, 77: 12 y ss.] puede haber un desfase en la protección del medicamento. Del proceso de autorización de comercialización surgen, al menos, dos derechos exclusivos, al margen de la patente, para el fabricante del medicamento: por un lado, se concede (art. 14 Reg. 726/2004) un derecho exclusivo sobre los datos clínicos, de ocho años de duración; sobre dicho plazo, se superpone, además, un período de protección a la comercialización de diez años. Es decir, al menos, durante los siguientes diez años a la autorización de comercialización concedida por la agencia de control correspondiente, el fabricante del medicamento pionero será el único autorizado a su fabricación y comercialización. Si una empresa de genéricos desea entrar a fabricar y comercializar el medicamento genérico debe respetar, al menos, esos diez años de comercialización exclusiva y esperar a la extinción de la patente.

Este sistema de plazos parcialmente solapados responde, en realidad, a la larga duración de los ensayos de comercialización. Así las cosas, presentada la solicitud de patente y concedida la misma, la duración total de la protección será de 20 años desde la solicitud (art. 58 Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes). De ese plazo habría que deducir el período en que, estando solicitada y concedida la patente, el medicamento no podía comercializarse por faltar todavía información clínica necesaria para autorizar su entrada en el mercado. A estos efectos, se ha creado una pieza de protección *ad hoc* conocida como certificados complementarios de protección, pero estos no siempre resultan suficientes para garantizar la recuperación de la inversión. Es por ello que se arbitra esta exclusiva de comercialización que garantiza un lapso de 10 años donde, sí o sí, el fabricante del medicamento puede recuperar la inversión, al margen de los efectos concurrenciales que la entrada de terceros competidores pudiera tener.

Por tanto, las empresas dedicadas a la fabricación de medicamentos genéricos podrán entrar en el mercado allí cuando se cumplan los requisitos cumulativos de extinción del derecho de patente y terminación de la exclusiva de 10 años de comercialización [MAROÑO GARGALLO M. 2015: «La prematura tramitación de la autorización para comercializar medicamentos genéricos a la luz del Derecho de Patentes y del Derecho contra la competencia desleal». *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, 297: 5]. A cambio, a las empresas de genéricos se les permite comenzar a recabar la documentación clínica requerida a efectos de comercialización antes de la terminación de la patente (art. 52.1.b LP, conocida como «Cláusula Bolar») y, además, se dispensa al fabricante de medicamentos genéricos de la obligación de presentar la documentación clínica siempre que demuestre la relación de medicamento genérico respecto de otro de referencia (art. 17.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, TRLGM). En este caso, habría que tener en cuenta que aplica la exclusividad de los datos clínicos de 8 años a la que hemos hecho referencia.

En resumen, la autorización de comercialización del medicamento genérico debe respetar una exclusiva de ocho años, momento a partir del cual los datos clínicos del medicamento de referencia son reutilizables para la autorización de comercialización

del genérico, siempre que se demuestre tal relación genérico-referencia. Además, aunque este sea autorizado, su comercialización debe respetar, al menos, 10 años desde la autorización de comercialización del medicamento de referencia precedente, y, en todo caso, la duración que reste de la patente más los certificados complementarios de protección que se hayan podido conceder.

Es en este preciso contexto en el que, ahora sí, podemos encuadrar la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE y, concretamente, las negociaciones efectuadas entre, por un lado, Lundbeck, sociedad danesa titular de sendas patentes sobre el producto y el procedimiento de fabricación del fármaco compuesto por el principio activo «citalopram», un ISRS para tratar la depresión, y la empresa de genéricos Alpharma. Lundbeck poseía patentes válidas sobre un procedimiento de purificación de sales mediante cristalización para la obtención del citalopram en Reino Unido, Dinamarca, la OEP y Países Bajos (rectius en este caso era un modelo de utilidad de 6 años de duración). Además, pretendía lanzar un nuevo medicamento, el Cipralex, basado en un IFA denominado escitalopram (protegido por patente), compartiendo con el citalopram parte de su formulación química, la misma función y el mismo público objetivo.

En este contexto, el 22 de febrero de 2002, iniciado un procedimiento por infracción de patente en Reino Unido, Lundbeck consigue llegar a acuerdos con Alpharma, una de las empresas de genéricos posicionadas para entrar en el mercado de citalopram a la terminación de las patentes y que había comprado unos 9,4 millones de comprimidos de citalopram genérico, parte de los cuales podían haberse obtenido mediante un procedimiento susceptible de infringir las patentes de cristalización de Lundbeck. Dicho acuerdo, presuntamente orientado a evitar el litigio, exigía el retraso de la entrada del genérico, al menos, hasta el 30 de junio de 2003 y fijaba el pago al grupo Alpharma de una compensación para evitar la comercialización de los medicamentos y con ello el litigio sobre patentes, a cambio de comprar todas las existencias de citalopram en manos de Alpharma (por un importe total de 12 millones de dólares). Con ello el procedimiento judicial quedó suspendido.

Ahora bien, este tipo de comportamientos no escapó del ojo de la Comisión, que, informada por la autoridad danesa de competencia y de los consumidores, inició el 15 de enero de 2008, previas inspecciones de los locales de las compañías implicadas, una investigación sobre el sector farmacéutico ex art. 17 Reg. 1/2003. El 7 de enero de 2010 la Comisión incoó un procedimiento contra Lundbeck que finalmente concluyó con una Decisión sancionadora emitida el 19 de junio de 2013. En dicha decisión, la Comisión interpretó que los acuerdos firmados constituyen una restricción por el objeto en el sentido del art. 101.1 TFUE (Cártel), en la medida en que siendo ambos competidores potenciales (Alpharma entraría de forma inminente en el mercado del citalopram), Lundbeck acuerda realizar una transferencia de valor a cambio de la cesación por parte de Alpharma de sus actividades conducentes a la entrada en el mercado, siendo la cifra (12 millones de euros) un valor aproximadamente coincidente con los beneficios potenciales de Alpharma de haber penetrado en el mercado, sin que el contenido del acuerdo pueda justificarse en la existencia y vigencia de las patentes de

procedimiento aducidas. En suma, la Comisión detecta que el acuerdo entre las partes no tiene por objeto evitar un conflicto de patentes, sino utilizar el eventual litigio para justificar el pago por parte de Lundbeck a Alpharma para que esta retrase su entrada en el mercado hasta el 30 de junio de 2003, es decir, un claro supuesto de *reverse payments* (vid. *supra*).

La decisión es recurrida por Alpharma ante el Tribunal General, que desestima en su totalidad el recurso y a su vez dicha sentencia es recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia de la UE, por un total de 9 motivos, todos ellos orientados a contradecir la interpretación de los hechos que hizo la Comisión y refrendó el Tribunal General. Es decir, discuten la calificación del acuerdo como restricción por el objeto y mantienen su carácter transaccional real.

En su sentencia, el TJUE parte del entendimiento de que, para determinar los efectos exclusionarios y, por tanto, la calificación de restricción por el objeto (párr. 50) del acuerdo, es necesario que entre las empresas que suscriben el acuerdo de cooperación horizontal medie una relación de competencia (párr. 51) aunque sea potencial. Para ello, deben tenerse en cuenta las posibilidades reales de entrada al mercado por la empresa de genéricos (párr. 53) y la existencia y solidez de los derechos de propiedad intelectual (párr. 54), en un planteamiento que atiende a la estructura general del mercado y al contexto económico de la valoración (párr. 53). En suma, se trata de valorar si la empresa entrante en el mercado se ve confrontada por barreras de entrada (Derecho de Patente, Exclusiva de comercialización, etc. Vid. *supra*) insuperables (párrs. 55 y 56). En este sentido entiende que la patente alegada, en sus circunstancias de vigencia y solidez, no es argumento suficiente para prevenir la entrada (párr. 57). Y por ello concluye que ambas empresas se encontraban en una relación de competencia potencial que se vio truncada con la celebración del acuerdo (párrs. 62 y 63).

A partir de la constatación de una relación potencial de competencia, el TJUE entra a valorar *in concreto* si el acuerdo adoptado como vía alternativa de resolución de un litigio sobre patentes constituye o no un acto restrictivo de la competencia en el sentido del art. 101 TFUE. Así, parte de un principio de interpretación restrictiva del concepto restricción por el objeto (párr. 96) y de la constatación de que ese tipo de acuerdos no es *per se* anticompetitivo (párr. 97, con cita de la STJUE de 30 de enero de 2020, as. C-307/18). Sin embargo, entiende el Tribunal que habrá lugar a una calificación concurrencial del acuerdo cuando las consecuencias económicas del mismo respondan únicamente a la satisfacción de los intereses exclusivos de los fabricantes del medicamento de referencia y del genérico, mediante la sustitución de una situación de competencia por una cooperación (párr. 98). El nudo gordiano de la cuestión pasa por demostrar que el pago económico ofrecido por el fabricante de referencia, bajo la apariencia de una compensación transaccional que busca evitar un litigio, en realidad esconde un incentivo lo suficientemente intenso a abandonar la competencia potencial y la real en la producción de medicamentos con idéntico principio activo (párr. 99). En el caso, en la medida en que la cantidad prometida es coincidente con los beneficios esperables por Alpharma con respecto a la entrada en el mercado y en la medida

en que estos constituían un rendimiento cierto (párr. 100), teniendo en cuenta que el contenido del acuerdo se refería a todo medicamento que contuviera citalopram y no solamente a aquel cuya relación con la patente resultaba comprometido (párr. 101), concluye el Tribunal que la no entrada de Alpharma en el mercado viene motivada por el desincentivo económico inducido por el acuerdo y no por el hecho de que las patentes constituyeran una barrera de entrada insoslayable. Lo que le conduce a mantener el carácter anticompetitivo del acuerdo.

Vemos como los casos de *reverse payments* obligan a las Autoridades de la Competencia a valorar el carácter restrictivo del acuerdo (formalmente, una restricción por el objeto) desde una perspectiva a partir de sus efectos. Es decir, el acuerdo sería restrictivo cuando tenga por efecto la reducción de la competencia potencial entre los fabricantes (análisis concurrencial de los efectos del acuerdo), pero, desde el momento en que se califica como acuerdo restrictivo de la competencia, debe considerarse como un acto restrictivo por el objeto, habiendo, por tanto, una alternancia entre análisis por la forma y análisis por los efectos, que demuestra la complejidad en la persecución de este tipo de prácticas.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es

Sentencia del TJUE (Sala Séptima), de 25 de febrero de 2021

ANÁLISIS DESDE EL DERECHO EUROPEO DEL IMPUESTO SOBRE DEPÓSITOS BANCARIOS DE ANDALUCÍA (IDECA)

La STJUE de 25 de febrero de 2021, de la Sala Séptima, enjuicia el Impuesto andaluz sobre depósitos bancarios (IDECA). Ya antes, el TC en [sentencia núm. 210/2012, de 14 de diciembre](#), determinó la constitucionalidad de la versión extremeña (el IDEC), considerándose por este tribunal que no había colisión ni con el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) ni con el Impuesto de Actividades Económicas (IAE), bajo la interpretación que se viene haciendo del art. 6 de la [Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas \(LOFCA\)](#).

No obstante, como en otros lugares hemos defendido, la proximidad con el IAE, a nuestro juicio, era alta, pues los impuestos sobre los depósitos bancarios vienen gravando una manifestación de renta presunta, al sujetarse la actividad bancaria¹. Así lo apuntó la STC antedicha, cuando analizando el IDEC consideró que «el objeto de gravamen no es la actividad bancaria de captación [...] sino que grava el rendimiento que potencialmente se le presupone a los depósitos captados por las entidades bancarias, como elemento del pasivo susceptible de generar ingresos».

Que los impuestos sobre los depósitos bancarios gravan la renta presunta no es del todo pacífico. Así lo piensa, como nosotros, LAGO MONTERO², aunque otros autores, como MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO³, observaron que en el hecho imponible del impuesto hay elementos que pueden llevar a pensar que se grava el patrimonio susceptible de generar rentas.

Sea como fuere, el debate constitucional del IDEC (primera manifestación de este impuesto en España), al socaire de la LOFCA, ha quedado más o menos zanjado, determinándose la licitud constitucional del mismo por su no superposición con otras figuras tributarias ya gravadas por el Estado o los entes locales. Al caso extremeño le siguieron el andaluz (2010) y el canario (2011), que no fueron llevados ante el TC.

1. Véanse nuestros trabajos, IGLESIAS CARIDAD, M. 2011: «Los dilemas comunitarios del impuesto sobre los depósitos bancarios de Andalucía». *Revista Nueva Fiscalidad*, 2011, 1, e IGLESIAS CARIDAD, M. 2013: «Sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/2012, de 14 de febrero [BOE nº 299, 13-XII-2012]. Impuesto sobre depósitos de las entidades bancarias». *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de derecho, Ciencia Política y Criminología*, 2013, 1.

2. LAGO MONTERO, J. M. 2017: «Los impuestos propios en el sistema de financiación autonómica». En AA. VV.: *Nueva fiscalidad. Estudios en homenaje a Jacques Malherbe*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017, y LAGO MONTERO, J. M. 2021: *La simplificación sobre la renta*. Madrid: Reus.

3. MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. y CASADO OLLERO, G. 2020: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos.

Pero, ante la tendencia autonómica para el establecimiento de este impuesto, el Estado decidió fijar uno de carácter nacional, a través de la [Ley 16/2012, de 27 de diciembre](#), que comenzó con un tipo cero, pero que ya tiene recaudación efectiva al gravarse la base imponible al 0,03 %, y cederse la recaudación a las CC. AA., previsión no contenida en la [Ley 22/2009, de 18 de diciembre, del Sistema de Financiación de las CC. AA.](#), pero sí en la normativa específica vigente, luego se puede considerar como un impuesto materialmente cedido. La existencia del impuesto estatal como fórmula de parar el crecimiento de estos impuestos a nivel autonómico —pues podían fragmentar el mercado financiero— tumbó los impuestos sobre los depósitos de Cataluña, Asturias y Valencia, que padecieron pronunciamientos de inconstitucionalidad a través de las sentencias núm. 107/2015, de 28 de mayo; núm. 108/2015, de 28 de mayo; 202/2015, de 24 de septiembre; y la núm. 30/2015, de 19 de febrero.

El debate constitucional de estas sentencias tiene cierta miga. En primer lugar, porque el impuesto estatal se estableció vía enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, con fecha de 29 de noviembre de 2012; mecanismo discutible. En segundo lugar, porque Cataluña lo fijó por Decreto-Ley núm. 5/2012, de 18 de diciembre, con efectos retroactivos de 30 de noviembre de 2012, lo que le valió un pronunciamiento en contra del TC por vulnerar el principio de reserva formal (Asturias y Valencia sí utilizaron el instrumento de ley en sentido formal, pero no llegaron a tiempo para anticiparse al del Estado). Y, en tercer lugar, porque se fijó por el Estado con un tipo 0, con una justificación extrafiscal de evitar la fragmentación del mercado bancario. Este ámbito de estudio del impuesto resulta muy interesante, pues un tributo, por definición, busca la satisfacción del gasto público, pero el TC señala que el tipo 0 es una particular forma desgravatoria prevista en el ar. 55.3 de la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria](#) (LGT), cuando se apunta que «[l]a ley podrá prever la aplicación de un tipo cero, así como de tipos reducidos y bonificados».

La STJUE de 25 de febrero de 2021 cuestiona la versión andaluza, el IDECA, desde las libertades de los artículos 49, 56 y 63 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE](#) (libertad de establecimiento, de prestación de servicios y de circulación de capitales), así como de los arts. 135 y 401 de la [Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006](#).

Aunque el Auto del TS de 16 de julio de 2019 la plantea en segundo lugar, es decir, como la segunda cuestión prejudicial, merece la pena detenernos en el debate que se acoge en esta, antes que el que alberga la primera cuestión prejudicial. Es así pues la segunda aborda el fundamento del impuesto y su colisión con otros. Se trataba de resolver si el IDECA confrontaba con el IVA, en el sentido en el que se interpreta el art. 401 de la Directiva IVA, y si el gravamen específico sobre los depósitos bancarios vulneraba la exención del art. 135. 1 d) de dicha Directiva, que ordena a los Estados miembros el eximir «las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos».

La posible colisión con el IVA es un argumento recurrente de buena parte de las cuestiones prejudiciales. El Tribunal, con criterio asentado, ha señalado que el IVA, en cuanto a impuesto que sujeta el volumen de negocios, responde a unas características

que no se observan en el IDECA. Este, a diferencia del IVA, no grava las transacciones de bienes y prestaciones de servicios, pues es un impuesto directo; no se calcula aplicando un porcentaje sobre la contraprestación, sino sobre el total del pasivo; no es un impuesto plurifásico; y no se permite la deducción del impuesto soportado ni hay mecanismo de repercusión. En definitiva, no coincide con las características del IVA, como también dijera el TC en la Sentencia núm. 210/2012, de 14 de noviembre, para el IDEC. No mediando colisión con el IVA, no tiene sentido adentrarse en la exención de las operaciones relativas a los depósitos en dicho impuesto.

La primera cuestión prejudicial focalizaba el centro del debate en las deducciones, a tenor de las libertades enunciadas, del TFUE. El art. 6 de la Ley reguladora del IDECA recogía unas deducciones generales y otras específicas sobre las que pesaban serias dudas de adecuación al derecho comunitario.

Se preveía en el art. 6.Siete², a y b de [la Ley 11/2010, de 3 de diciembre, de medidas fiscales para la reducción del déficit público](#), una deducción en la cuota íntegra de 200.000 euros cuando el domicilio social de la entidad de crédito estuviera en Andalucía y otra de 5.000 euros por cada oficina situada en Andalucía, cifra que se elevaba a 7.500 euros cuando la oficina estuviera situada en un municipio de población inferior a 2.000 habitantes.

La primera de estas deducciones claramente suponía dejar sin gravamen efectivo a las entidades con sede social en Andalucía, con claro quebranto del principio de libertad de establecimiento. Dice la sentencia (apartado 21) que «la libertad de establecimiento pretende, por tanto, garantizar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, prohibiendo cualquier discriminación basada en el lugar donde tengan su domicilio social las sociedades». Sobre la segunda de las deducciones, incrementadas por el factor de la ruralidad, a mi juicio no residen en el lugar del establecimiento, por lo que entendemos que es fundado en el claro deseo de que las entidades tengan presencia en los municipios y particularmente en los pueblos rurales. Asimismo, se pueden acoger las entidades con independencia del lugar de su sede.

El TJUE también dilucida sobre las deducciones específicas del art. 6.Siete³ de la Ley del IDECA, por la que las entidades de crédito se pueden sustraer los importes de los créditos, préstamos e inversiones destinados a proyectos en Andalucía en el marco de la Estrategia para la Economía Sostenible, según lo marcado en los presupuestos de la CA de Andalucía. El Tribunal no se pronuncia sobre las dudas vertidas por el auto que plantea la cuestión prejudicial, pues considera que no tiene pruebas suficientes para ver la finalidad de estas deducciones, deviniendo en contrarias al sentir comunitario si persiguieran un «objetivo puramente económico», para ver si infringen el principio de libertad de capitales. Corresponde al órgano *a quo* analizar si tienen o no esta finalidad.

Marcos IGLESIAS CARIDAD
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Salamanca
iglesiascaridad@usal.es

Sentencia del TJUE, de 12 de mayo de 2021

LOS CRÉDITOS DE IVA DEBEN SER SATISFECHOS EN TIEMPO RAZONABLE

La STJUE de 12 de mayo de 2021, Sala 2.^a, Asunto C-844/19, responde a una cuestión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgerichtshof* o Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Austria.

Sucedía que la legislación austríaca, más en concreto el Código tributario federal, no preveía el pago de intereses por devoluciones de créditos fiscales del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), bien por la devolución de excedentes de IVA o por la modificación o rectificación de la base imponible. Sin embargo, sí los reconocía para el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta.

El TJUE llega a una inteligente conclusión, en el sentido de que ensancha la explicación del principio de neutralidad del IVA, que significa que el impuesto no puede ser un coste para los empresarios, por lo que debe repercutirse hasta recaer definitivamente en el consumidor. Pues bien, ante la ausencia de previsión de satisfacer intereses por demora por IVA en la normativa austríaca, la sentencia da explicación a la obligación de preverlos, no con amparo en el principio indemnizatorio o resarcitorio — los habituales desde los que se ha ofrecido la explicación de su fundamento —, sino desde el principio de neutralidad del IVA.

Las cuestiones prejudiciales venían planteando:

1. ¿Se deriva del Derecho de la Unión una norma directamente aplicable que confiera a un sujeto pasivo al que la Administración Tributaria, en una situación como la de los litigios principales, no devuelve en tiempo oportuno un crédito de IVA el derecho a percibir intereses de demora, de modo que el sujeto pasivo pueda invocarlo ante la Agencia Tributaria o ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, aunque el Derecho nacional no recoja una norma de ese tipo en materia de intereses?

En caso de respuesta afirmativa de la primera cuestión prejudicial:

2. ¿Se permite que, también en el supuesto de un crédito de IVA en favor del sujeto pasivo derivado de una minoración a posteriori de la contraprestación a los efectos del artículo 90, apartado 1, de la Directiva [sobre el IVA], el cómputo de intereses comience una vez transcurrido el plazo razonable del que dispone la Administración tributaria para verificar la exactitud del derecho invocado por el sujeto pasivo?
3. ¿El hecho de que el Derecho nacional de un Estado miembro no contenga ninguna norma en materia de intereses en el caso del abono tardío en cuenta de créditos de IVA tiene como efecto que la consecuencia jurídica que dispone la norma contenida en el artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva [2008/9] deba ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales al calcular los intereses también en el caso de que los litigios principales no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/9?

La respuesta a estas preguntas se contesta desde el principio de neutralidad del IVA. Una normativa nacional de un Estado miembro que no reconozca el devengo de intereses ante retrasos del IVA es contraria a tal principio comunitario. Además, se determina que los créditos de IVA soportado o por la modificación o rectificación de la base imponible deben ser satisfechos en un «tiempo razonable». Sin embargo, el Tribunal no define qué se entiende por tal.

Para la resolución de las cuestiones, el Tribunal no acude a una interpretación analógica de otras directivas ante la ausencia de previsión expresa por la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Directiva IVA). En este sentido, no ha necesitado acudir a la Directiva 2008/9/CE, del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se establecen disposiciones de aplicación relativas a la devolución de impuestos a sujetos no establecidos en el Estado miembro de devolución, pero sí en otro Estado miembro. Esta directiva sí prevé el abono de intereses dentro de su ámbito de aplicación.

La explicación el TJUE se la da, como decimos, desde el principio de neutralidad del IVA. Pero nada más señala el alto Tribunal, pues considera que los detalles del cómo y del cuándo deben ser dispuestos por los Estados miembros según la autonomía procedimental que debe imperar.

Lo cierto es que el TJUE opta por una argumentación ingeniosa, aunque algunos pudieran ver en ella una extralimitación de sus funciones, regulando institutos como los intereses de demora, que son comunes, o debieran serlo, a todas las figuras tributarias, y por ello no son en sentido estricto una parte del IVA o de cualquier otro impuesto concreto.

De ahí que, en otro lugar, hemos dicho que, si este supuesto se hubiera dado en España, es decir, que nuestra normativa previera el devengo de intereses de demora para unos impuestos y para otros no, estaríamos más bien ante un debate constitucional, con amparo en el principio de igualdad en la ley¹.

Marcos IGLESIAS CARIDAD
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Salamanca
iglesiascaridad@usal.es

1. Véase IGLESIAS CARIDAD, M. 2021: «Los intereses de demora forman parte de la aplicación del principio de neutralidad del IVA». *Nueva Fiscalidad*, 2021, 2: 269-277.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal),
de 21 de enero de 2021 [ROJ: STS 223/2021]**

SEXTING Y VIOLACIÓN. ARTÍCULOS 197.7, 178 Y 179 CP

1. RECURSO DE CASACIÓN Y EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2021 (ROJ 223/2021) resuelve el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto por el acusado, quien había sido condenado por un delito de elaboración y exhibición de pornografía infantil y un delito de violación continuada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, 760/2018, del 12 de noviembre de 2018 [ROJ SAP CC 325/2018]. La pena impuesta consistió en dos años de prisión por el primer crimen y once años, también de prisión, por el segundo. El Tribunal Supremo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, estima parcialmente los motivos de casación tercero y cuarto por inaplicación indebida de los artículos 189.1 y 179 del CP.

La Audiencia Provincial de Cáceres consideró en los hechos probados que el acusado y una menor, de 15 años de edad, mantuvieron una relación sentimental que concluyó en agosto del año 2014. Durante la relación, la víctima fotografió su cuerpo desnudo mientras se acariciaba, masturbaba y realizaba otros actos de carácter sexual, y, de forma posterior, envió este contenido íntimo al acusado través de la aplicación de *WhatsApp*. Ambas acciones fueron efectuadas por los requerimientos de su pareja, el autor del delito, quien guardó el material en su teléfono móvil. Después del cese de la relación, el acusado ejecutó un chantaje a la víctima, con la amenaza de enseñar el contenido de connotación sexual que guardaba a otras personas si no accedía a salir con él un determinado día. Ante la negativa de la víctima, días más tarde, el autor de los delitos cumplió las amenazas proferidas, enseñando a dos amigos de la víctima una imagen de la misma desnuda, introduciéndose los dedos en la vagina, en un cuarto de baño. No obstante, el chantaje se mantuvo en el tiempo y la víctima accedió a mantener relaciones sexuales completas con penetración vaginal en diferentes ocasiones. Por último, se destaca que los hechos se desarrollaron en un pequeño pueblo.

La conducta de exhibir la fotografía del desnudo de la menor, ¿se encuadra mejor en el artículo 189.1 del CP referente a la pornografía infantil o, por el contrario, encuentra una correspondencia más adecuada con el delito de *sexting* del artículo 197.9 del CP? Esta pregunta será resuelta en el segundo apartado de la presente reseña, mientras que en el tercer apartado se realiza un breve análisis sobre la intimidación moral y el alcance temporal del sí en el delito de violación.

2. ¿PORNOGRAFÍA INFANTIL O SEXTING?

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (denominadas TIC) son una clara evidencia del progreso acaecido en la época actual. Así, las nuevas tecnologías han influenciado todos los aspectos de la vida, incluido el ámbito de las relaciones humanas y el criminológico. Los menores, que son un colectivo especialmente vulnerable, dependiente y necesitado de protección, especialmente en la red, han experimentado un auge de las oportunidades que les ofrecen las TIC, pero también han padecido sus riesgos.

En los últimos años, el legislador ha efectuado numerosas reformas con el fin de proteger a los menores y ofrecer respuestas a las situaciones en las cuales sus bienes jurídicos son vulnerados. El caso expuesto es un claro ejemplo de transgresión de la intimidad personal, de la propia imagen y del honor —derechos contemplados en el artículo 18 de la CE de 1978— y se corresponde con el delito de *sexting* secundario —que podría ser definido como la difusión de contenido fotográfico y/o audiovisual, elaborado en el ámbito privado, pero divulgado sin el consentimiento de una de las partes— recogido en el artículo 197.7 del CP. Este subapartado se introdujo a través de 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 [BOE n.º 77, de 31 de marzo de 2015] con el fin de solventar las lesiones graves —en alusión al principio de última ratio que debe regir en el Derecho penal— de la intimidad por la difusión de imágenes y/o grabaciones que, a pesar de ser generadas en un ámbito privado y personal con el consentimiento de la persona, son divulgadas en contra de su voluntad.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho número cuatro, sostiene un mejor encaje típico de la conducta desarrollada por el acusado en el artículo 197.7 del CP. Es más, no solo la actuación del acusado se ajusta mejor en el delito de *sexting secundario*, dado el contexto puntual en el que se produjo la exhibición de la fotografía, sino que el marco penológico le favorece en aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable.

En cuanto al delito de *sexting secundario* que es objeto de análisis, la Sentencia del Tribunal Supremo 492/2020, del 24 de febrero del 2020 [ROJ STS 492/2020], ha fijado los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 197.7 que se concretan en: (1) *acción nuclear*: esta consiste en divulgar imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima en un ambiente privado, es decir, fuera del alcance de terceros, incluyendo las remitidas por la persona afectada; (2) *origen de la captación y consentimiento de la víctima*: reiterando la remisión voluntaria de la víctima, ya sea por medios convencionales o electrónicos; (3) *inexistencia de la exigencia locativa*: pese a que el legislador haya especificado el domicilio, también ha incluido «cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros» con el fin de otorgar protección jurídico-penal a otros espacios donde la intimidad se desarrolla, véase un hotel; (4) *difusión, revelación o cesión de las imágenes como afirmación de la tipicidad*: en este punto, se excluyen todos los sujetos que son extraños al círculo de confianza en el cual la imagen es remitida,

y la incontrolada propagación en redes telemáticas llevadas a cabo por terceros; (5) *determinación del sujeto activo*: constituido por la persona que recibe voluntariamente la fotografía o grabación y, quebrantando la confianza que depositó la víctima en el sujeto, la reenvía o exhibe a terceros con fines sexistas, discriminatorios o de venganza —este último ítem se corrobora en los hechos probados—; (6) *inexigencia de una pluralidad de personas*: la condición de la difusión se cumple cuando se inicia la cadena, sin precisar si la persona lo remite a una o más, así como sin la necesidad de una divulgación masiva en las redes sociales. También recalca el tribunal que la víctima no es cooperadora necesaria del delito, sino víctima, por ende, la emisión de una foto íntima a un sujeto en un contexto de confianza no supone la renuncia al derecho a la intimidad o a la privacidad.

Todos los requerimientos expresados en el párrafo previo se cumplen en el caso analizado de acuerdo con los hechos probados, esto es, el sujeto, quien recibió contenido fotográfico íntimo de la víctima en un contexto de privacidad —véase la relación sentimental que mantenían—, exhibió una de las imágenes a dos sujetos ajenos a la situación objeto de grabación. Asimismo, se verificó el requisito que viene exigiendo la jurisprudencia de producir un grave menoscabo de la intimidad de la persona. Es más, este quedó satisfecho en el momento en el que el acusado mostró la imagen a terceros. Asimismo, la gravedad de la conducta se amplía por el contexto en el que se encontraba la menor, es decir, un núcleo poblacional de tamaño muy reducido que supone un mayor daño potencial por el conocimiento entre los habitantes de la zona. Así, se declara en la sentencia que el acusado debió anticipar el agravio que produciría en la víctima el hecho de enseñar su fotografía y la inadmisión de ninguna justificación en su conducta. En consecuencia, el Tribunal Supremo condena al acusado por el delito de *sexting* contemplado en el artículo 197.7 del CP, con una pena de nueve meses de multa a razón de seis euros diarios con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, más la prohibición de comunicación y de aproximación, a una distancia inferior a doscientos metros, respecto de la víctima con una duración de tres años.

3. LA INTIMIDACIÓN MORAL Y EL ALCANCE TEMPORAL DEL «SÍ» EN LOS DELITOS SEXUALES

A pesar de que el acusado manifiesta que las relaciones sexuales fueron consentidas debido a que las amenazas proferidas «no eran serias», el Tribunal Supremo sostiene, atendiendo a los hechos probados, que la amenaza de mostrar las fotografías actuó como mecanismo coercitivo intimidatorio para cumplir los deseos sexuales del recurrente. La exhibición de las imágenes de contenido sexual constituyó un mal grave, personal, racional y fundado de entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, quien actuó por un sentimiento de miedo y angustia ante el posible daño.

Entonces se cumple el requisito de la idoneidad del mal en el caso concreto, sobre todo, teniendo en cuenta la gran diferencia de edad entre el acusado y la menor. También se ha corroborado la negativa explícita y patente de la menor a mantener las relaciones sexuales.

A propósito de lo descrito, el Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial que defiende, a causa de que el miedo es una condición subjetiva, la innecesidad de una intimidación irresistible o de una gravedad inmensa. Si esta es suficiente y eficaz para conseguir el objetivo del acusado, paralizando la voluntad de la víctima e inhibiendo su resistencia, no es preciso un análisis más profundo. En este sentido, se señala que la resistencia de la víctima no es un requisito que se deba cumplir si la intimidación ejercida es clara y suficiente, puesto que la tipicidad se afirma por la conducta del sujeto en consonancia con la ausencia del consentimiento en las relaciones sexuales. La víctima afirmó en su declaración acceder a dichos encuentros de connotación sexual por la amenaza de difusión de las imágenes, es decir, bajo la intimidación psíquica que se ha tratado, por ende, se constata la ausencia de voluntariedad ídem. Además, el hecho de que la menor haya accedido de forma previa a tener este tipo de relaciones no implica que esta afirmación se prolongue para los acontecimientos posteriores, esto es, un sí previo no implica un sí infinito, y aunque esta afirmación parece obvia, el Tribunal Supremo incidió en esta cuestión, conducta que alabo y considero necesaria atendiendo a las noticias que se han sucedido en la sociedad patriarcal en la que nos encontramos inmersos.

Finalmente, la sentencia recoge la condena por un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 del CP que consta de nueve años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de comunicación y de aproximación, a una distancia inferior a doscientos metros, respecto de la víctima por tiempo de dieciocho años, manteniendo el resto de medidas y responsabilidad civil acordadas en la sentencia previa.

Isabel GARCÍA DOMÍNGUEZ
Criminóloga
Investigadora Predoctoral en Formación
Universidad de Salamanca
isabelgarcia Dominguez@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 27 de mayo de 2021 [Roj: STS 2140/2021]

VALORACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE LOS DEDOS EN LA VAGINA COMO VIOLACIÓN

1. HECHOS «PROBADOS»

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2021 anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de abril de 2020 tras reproducir los hechos probados recogidos en la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de enero de 2020 transcribiendo el fallo que en ella se contiene.

Se recogen como hechos probados, entre otros, que tras acompañar D. Abelardo, el acusado, hasta casa a Dña. África y empujándola dentro de la cochera, tirándola contra unas cajas que allí había y tapándole la boca para que los gritos no se escucharan, le propinó besos y bofetadas, le pellizcó y retorció los pechos, le intentó bajar los pantalones y la presionó las ingles, así como la zona genital, introduciéndole un dedo en el interior de la vagina, además de obligarla a tocarle su miembro viril. Hechos que se prolongan durante una hora y media de tiempo.

2. ¿ABUSO O VIOLACIÓN? UN DEBATE NO SUPERADO

En primera instancia, la AP de Zaragoza condena a D. Abelardo por un delito de violación tipificado en el art. 179 CP en concurrencia de la circunstancia modificativa del art. 21. 5.º a 7 años de prisión como pena principal.

Esta sentencia es recurrida en apelación ante el TSJ de Aragón que la revoca, condenando al acusado por un delito de agresión sexual sin penetración, ya no por violación, contemplado en el art. 178 CP a la pena de prisión de 3 años (pena principal). Esta sentencia en segunda instancia suprime de los hechos probados la expresión que sí contenía la sentencia en origen «introduciéndole un dedo en el interior de la vagina», pero mantiene que «presenta escoriaciones en el *intro-vaginal* y en la parte *interna de los labios menores*».

De esta discrepancia entre la primera y segunda instancia nace el recurso de casación interpuesto por la víctima¹, justificándolo en una infracción del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por una aplicación indebida del artículo 178 CP y la

1. No se tiene en cuenta el recurso que presenta el acusado o las pruebas que se aportan sin relación con el hecho principal que aquí se analiza.

inaplicación del artículo 179 CP, en aras de la tutela judicial efectiva. Se pretende, de forma evidente, recuperar en la sentencia aquellos hechos que, siendo probados, han sido retirados por el Tribunal Superior de Justicia y que permitían la subsunción de los hechos en el tipo agravado y no en el art. 178 como un abuso sexual. África, por tanto, cuestiona la valoración de la prueba que lleva a cabo el TSJ y que de forma excesiva revisa la efectuada por el tribunal de instancia que practicó la prueba y que de forma irracional reduce los hechos a un abuso sexual pues, al modificar los hechos, este tribunal mantiene que no se llega a acceder a la vagina ya que solo queda en una zona vulvar y del introito (entrada a una cavidad orgánica), concluyendo que solo se produce la agresión en la parte externa, pese a no ser lo reflejado en los hechos ya expuestos.

3. LA HORIZONTALIDAD COMO CONCEPTO DECISIVO

El Tribunal Supremo centra la discusión en un aspecto muy concreto y es el *introito vulvar* que se refiere al introito vaginal debido a que las lesiones —al menos una de ellas— se desarrollan en el introvaginal entendiendo que no se trata de la parte externa del aparato sexual femenino, sino de la interna, concluyendo la penetración que exige el art. 179 CP y que de no ser así se hallaría sin valoración una de las pruebas principales de las que se dispone.

Puede ser complejo entender la penetración desde esta perspectiva, pero si se analiza desde la horizontalidad de la zona sexual de la mujer aumenta la sencillez. Como sí consta en los hechos la entrada de los dedos en la vagina (intro-vaginal) y en los labios menores en su parte interna, se supera dicha horizontalidad y por ende definiendo el delito del art. 179 CP al momento de considerar la penetración sin necesidad de que esta sea absoluta, pues para la violación no hay una exigencia de cantidad o tiempo, basta con que concurra el acceso por leve o breve que se trate. En este sentido, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la norma exigen un tiempo o forma concreta para que el acceso se pueda considerar de una forma u otra, por tanto, por fugaz que sea o poco profundo, si traspasa el plano de la horizontalidad, el tipo delictivo del art. 178 CP se agrava siendo de aplicación el art. 179 CP.

Entonces, ¿cuándo se traspasa la horizontalidad? La horizontalidad se trata más de un concepto abstracto que permite comprender la barrera existente entre la parte interna y externa de la vagina femenina. La referida horizontalidad se debe a una parte superficial de la parte exterior, así un tocamiento o una fricción exterior no suponen la destrucción y traspaso de la horizontalidad, y, por tanto, no produciéndose penetración, mientras que superar dicha barrera en su contexto interno, sea cual sea el tiempo o la profundidad, rompe con esta barrera y se accede a la parte interna del aparato sexual femenino derivándose en lo que ocurre en los hechos contemplados en la sentencia de la AP de Zaragoza. Es cierto e innegable que hubo tocamientos externos y fricción, pero de la misma forma que lo es el momento en el que el acusado introduce

uno de los dedos en la vagina de África como también prueban los testimonios forenses recogidos, rompiendo con la horizontalidad. Este acceso es suficiente para irrumpir en la zona sexual interna de la mujer, llevando a la figura de la penetración asimilada por introducción de los dedos en la vagina y recuperando así la primera sentencia.

4. PARA REFLEXIONAR

Esta sentencia es una más en las que se discute sobre la valoración de la prueba, la cual recoge los elementos esenciales para determinar si el hecho es solo un abuso sexual o por el contrario se trata de una violación. En este caso en concreto más se centra sobre el desconocimiento del aparato sexual femenino pues mientras que se mantiene que la agresión y el tocamiento se produce en el introito se justifica como que no hay introducción suficiente y es que ¿hasta dónde se deben introducir los dedos?, o ¿no se tiene clara la fisiología de este aparato? En este caso, el Tribunal Supremo de manera exquisita (en contraposición con el TSJ de Aragón) por la sencillez y la brevedad hace alusión a que basta el contacto en el acceso a la región vaginal para que se cumplan los requisitos del art. 179 CP pues el acceso total no es necesario, siendo suficiente traspasar la barrera exterior tal y como ocurre en el caso analizado. Supone la sentencia un hito en cuanto a la innecesidad de un tiempo, una forma, profundidad o momento para que la introducción sea calificada como delito de violación, avanzando como sociedad y formulando un precedente en las garantías femeninas y de protección del aparato sexual como merece, ante hechos que provocan un daño en ocasiones irreparable a las mujeres, no físico, pero sí mental debido a que se producen en una de las zonas más íntimas.

Alicia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
Personal Investigador en Formación
Universidad de Salamanca
arsb@usal.es

STS 2490/2021 (Sala de lo Penal Sección 1.ª), de 17 de junio

CASO ASSOCIACIÓ CANNÁBICA D'AUTOCONSUM MAZAR CLUB

1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

El 19 de julio de 2013, se presentó ante la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya el Acta Fundacional y los Estatutos de la Associació Cannábica d'Autoconsum Mazar Club con el propósito de documentar públicamente la constitución y los órganos de gobierno de esta asociación. Los acusados asumían los cargos de presidente, secretaria y tesorero. Dado que había vencido el plazo previsto para que el Ministerio Fiscal presentara su concepto, la constitución de dicha sociedad fue inscrita el 13 de enero de 2014 en el Registre d'Associacions de la Generalitat de Catalunya.

De acuerdo con los Estatutos, la Asociación tenía como objeto el desarrollo de actividades culturales como «la investigación y desarrollo de las propiedades de variedades vegetales», «el desarrollo de programas de ayuda social, de asistencia sanitaria y solidaridad» y la «promoción de actividades cívicas y culturales mediante acciones jurídicas e iniciativas legislativas populares, el debate social sobre la necesidad de una nueva y urgente regulación legal del consumo, cultivo y comercio de las plantas con propiedades terapéuticas». Para desarrollar dichos objetivos, se crearon espacios privados para los socios, mayores de 21 años y consumidores habituales de la planta *Cannabis sativa* y sus derivados, en los que se cultivaba la planta para ser distribuida entre los miembros del club.

Al menos desde la fecha de la inscripción de los documentos, en el local de la entidad se vendía de manera indiscriminada marihuana y hachís a los consumidores que acudían allí a proveerse y la asociación solo servía para ocultar el tráfico de la droga y expedía carnés acreditativos. Cada persona podía adquirir hasta 60 gramos mensuales de cualquiera de las sustancias y debía abonar la cantidad proporcional de dinero a la sustancia adquirida. Así, se abastecían al menos 198 «asociados» sin que la asociación o las cuatro personas naturales acusadas contaran con autorización para la producción y distribución de marihuana o cualquiera de sus derivados. Es más, ni siquiera habían solicitado la licencia a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

2. REFERENCIA AL PROCESO

La sentencia que se comenta fue proferida dado que el Ministerio Fiscal interpuso el recurso de casación por infracción de ley e infracción del precepto constitucional en

contra de la sentencia dictada el 7 de marzo de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona que falló absolviendo a los acusados como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368 del Código Penal español, y un delito de asociación ilícita, por existir un error de prohibición invencible. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto.

3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN LOS CASOS DE CONSUMO DE CANNABIS

De acuerdo con la jurisprudencia de Sala de lo Penal, la constitución de asociaciones de consumidores de cannabis o clubs para vender, regalar o de cualquier otra forma traficar derivados de la planta *Cannabis sativa* constituye un delito, si se hace con terceros que simplemente se registran como socios. La excepción está dada por la doctrina del consumo compartido, que se deriva de la atipicidad del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Aunque en estricto sentido la creación de asociaciones destinadas al consumo conjunto de este tipo de sustancias no es una hipótesis idéntica a la del consumo compartido, el fundamento de esta tesis permite su aplicación analógica a estos supuestos de hecho siempre y cuando se excluya la posibilidad de difundir la droga arbitrariamente.

El consumo compartido se da en casos en los cuales varios sujetos acuerdan la compra de droga que será consumida por todos en un momento inmediato o próximo, utilizando dinero de todos los consumidores. A esto, se ha sumado la exigencia de que se trate de sujetos que consumen psicotrópicos u otras drogas de manera habitual o que son adictos, que realicen el comportamiento en lugares cerrados y que la cantidad que poseen no supere lo necesario para el consumo inmediato. Lo anterior, porque de esta manera se garantiza que no haya promoción pública del consumo y que no se difunda la sustancia. Sin embargo, tal como lo ha establecido la misma jurisprudencia, estos criterios pueden flexibilizarse según las circunstancias del caso concreto (principalmente sentencia de 12 de diciembre STC 6198/2013).

En el caso que estudia la sentencia de casación la conducta es típica porque, de acuerdo con los hechos probados, las personas solamente surtían un trámite administrativo para obtener un carné y con este podían proveerse de droga diariamente. Así, la distribución que se realizaba en el local de la sociedad catalana no cumplía con los requisitos previamente reseñados para que se aplicara la causal de exclusión de la tipicidad de consumo compartido. La asociación no tenía capacidad de ejercer control sobre cuándo y dónde se consumía la sustancia adquirida. Sin embargo, tanto la Audiencia Provincial de Barcelona como el Tribunal Supremo encontraron que los acusados debían ser absueltos porque se encontraban incurso en un error de prohibición.

Luego de describir brevemente en qué consiste este tipo de error, la Sala explicó que los acusados contrataron a dos abogados para que adelantaran los trámites tendientes a la inscripción de la asociación ante las autoridades. Este trámite se inició el 13 de enero de 2014 y fue suspendido el 21 de noviembre de ese mismo año, a la espera de que el Ministerio Fiscal presentara concepto favorable. Sin embargo, la sociedad finalmente quedó inscrita en enero de 2014, luego de que el Ministerio Fiscal se abstuviera de dar informe favorable y transcurriera el plazo para ello.

Aun así, el hecho de que los acusados no hubieran ocultado la actividad de la asociación; que la hayan descrito en los estatutos; que buscaran a dos abogados para su inscripción; y que, aunque se les notificó la suspensión, también se les haya notificado la inscripción de la misma en 2014, sin que conocieran que se debía a la inacción del Ministerio Fiscal, constituyen, según la Sala, elementos suficientes para entender que no tenían la posibilidad de sospechar que la actividad que desarrollaban era ilegal. Por tanto, estaban incurso en un error de prohibición invencible. En el marco de los hechos es razonable concluir que los acusados tenían la convicción de que su conducta se mantenía dentro de la legalidad en la medida en la que la sociedad estaba debidamente inscrita ante las autoridades.

4. REFLEXIÓN FINAL

Más allá del caso concreto y de la manera en la que se constituyó el error de prohibición, la constitución de clubs para el consumo de cannabis y su funcionamiento debe leerse en el marco de la conciencia social en la que se llevan a cabo estas actividades. Por décadas, principalmente a partir de las obligaciones establecidas en los convenios de Naciones Unidas, los Estados han implementado un modelo prohibicionista, marcado por la intensa persecución y sanción de todas las etapas de producción y consumo de este tipo de sustancias. Aun así, desde finales del siglo XX, las sociedades han venido acostumbrándose al consumo de drogas, al menos de algunas de ellas, cada vez más extendido y que se lleva a cabo en ambientes sociales establecidos como un comportamiento común, similar al consumo de alcohol o tabaco. Así, el consumo goza de legitimidad en ciertos ambientes y existen movimientos que buscan su normalización y legalización.

Los cambios en la percepción de la población mundial con respecto al consumo de sustancias psicoactivas, psicotrópicas y estupefacientes, pero de manera muy privilegiada el consumo de marihuana, ha llevado a los Estados a combinar la política criminal represiva con la despenalización de algunas conductas de consumo y con una política de reducción de daños y riesgos para los consumidores habituales y adictos. Una de las formas en las que se ha materializado este cambio de postura en España es la creación de clubs o asociaciones de consumidores, «iniciativa que solo puede comprenderse a partir de que la sociedad española lleva bastantes años socializándose

con un contexto en el que el cannabis, sus consumos y consumidores, tienen una presencia importante en la sociedad» (MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. 2015, p. 14).

Este contexto explica la razón del error de prohibición en este ámbito. Más allá de las normas aplicables, hay una normalización del consumo que hace cada vez más difícil para los ciudadanos identificar las conductas legalmente permitidas y diferenciarlas de las prohibidas. Cuando las normas no reflejan el sentir de la sociedad, el legislador está llamado, al menos, a cuestionarse sobre la pertinencia de la normativa vigente. El hecho de que estos clubs funcionen con regularidad en todo el territorio español y que distintas comunidades autónomas hayan pretendido regular su actividad a partir de una política de reducción de daños incentiva la creencia de que esta actividad es lícita. A esto se suma que no son pocos los Estados que avanzan cada vez más hacia la permisión de todas las actividades relacionadas con el expendio y el consumo de aquellas sustancias que no causan daños graves a la salud, como la planta *Cannabis sativa*.

Ligia María VARGA MENDOZA
Profesora de cátedra de Derecho Penal Especial
Universidad de los Andes
Bogotá, Colombia
ligia_mariavargas@hotmail.com

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 3/2021, de 25 de enero. Recurso de amparo 469-2019 [BOE-A-2021-2822]

LA INCORRECTA INDICACIÓN DEL RECURSO PROCEDENTE, POR PARTE DEL TRIBUNAL, EN LA SENTENCIA, IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL. VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Este recurso de amparo núm. 469-2019 fue promovido contra el auto de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 26 de octubre de 2018, por el que se desestima el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra el auto de 1 de octubre de 2018, pronunciado en el rollo de apelación 7-2018.

Esta demanda de amparo presenta una especial transcendencia constitucional ya que el recurso ha dado la oportunidad al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina en esta materia, «como consecuencia de un proceso de reflexión interna», como expresa el propio Tribunal.

El recurrente en amparo fue condenado por sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 359/2017, de 1 de septiembre de 2017. En la misma se establecía que contra ella cabía recurso de casación. El recurrente, entonces, mediante escrito de 11 de septiembre de 2017, solicitó tener por preparado recurso de casación contra la misma, a lo que se accedió por auto de dicha Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 23 de octubre de 2017.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, admitiendo la causa de oposición alegada por el Ministerio Fiscal, por Sentencia 187/2018, de 17 de abril de 2018, expresando literalmente que «tratándose de una sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial, el recurso procedente sería el de apelación ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 486 ter.1 LECrim al estar ya en pleno vigor la reforma de la norma procesal efectuada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre».

El recurrente solicitó entonces la nulidad de actuaciones contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por errónea indicación de recursos o, en su caso, que se le permitiera formalizar el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia sin que se alegara la extemporaneidad del mismo. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acordó, por providencia de 9 de mayo de 2018, otorgarle un plazo de diez días para interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

La providencia no fue impugnada por ninguna de las partes personadas, ni siquiera por el Ministerio Fiscal.

Con base en ello, el recurrente interpuso recurso de apelación el 24 de mayo de 2018, que fue admitido por diligencia de ordenación del letrado de la Administración de Justicia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el 18 de junio, y fue tramitado ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

En este caso el Ministerio Fiscal se opuso al recurso alegando su extemporaneidad.

La Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de las Illes Balears otorgó a las partes personadas (por providencia de 11 de septiembre) un plazo de diez días para que pudieran realizar las alegaciones que consideraran oportunas respecto de la eventual existencia de una nulidad de actuaciones desde la providencia de la AP de Palma de Mallorca de 9 de mayo de 2018 (en la que se abrió plazo de diez días para interponer recurso de apelación), ya que esta carecía de competencia para dictarla. Y, poco después, por auto de 1 de octubre, declaró la nulidad de las actuaciones desde dicha fecha.

Las razones esgrimidas fueron que la Sección 2.^a de la AP de Palma de Mallorca carecía de competencia para acordar un nuevo plazo de presentación del recurso de apelación tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, que acordó no haber lugar al previo recurso de casación y solo le era posible «acordar la firmeza de su sentencia y ejecutarla».

Como es fácilmente entendible, el recurrente interpuso el 2 de noviembre un incidente de nulidad de actuaciones en el que invocó que se había producido una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24.2 CE), pues había sido privado de una doble instancia penal revisora, y ello había sucedido por una errónea indicación de recursos por parte del tribunal (la Sección 2.^a de la AP de Palma de Mallorca) en la sentencia que dictó. Este incidente de nulidad fue desestimado por las razones antes expresadas por auto de 26 de noviembre de 2018.

Por tal motivo recurre en amparo, solicitando que se estime este por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El recurrente argumenta que al anularse la providencia de 9 de mayo de 2018, que posibilitó formalizar el recurso de apelación, se le ha impedido hacer efectivo su derecho a la segunda instancia penal frente a las sentencias condenatorias, sin haberse tomado en cuenta —en contra de lo que establece la jurisprudencia del TC—, que esa sentencia realizó una identificación errónea del recurso que procedía.

Lo cierto es que, tras la entrada en vigor de 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, se han producido con cierta frecuencia errores de notificación de los órganos jurisdiccionales con respecto a la procedencia del recurso de casación, por lo que este asunto, como expone el recurrente, presenta una especial trascendencia constitucional.

Y esto mismo es lo que opinó el Tribunal Constitucional y, por ello, la Sección 3.^a del TC admitió a trámite el recurso de amparo (providencia de 25 de noviembre de 2019): por apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podría servir para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un ya mencionado «proceso de reflexión interna».

El propio Ministerio Fiscal formuló alegaciones solicitando que se estimara el recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y se anularan las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayéndose

las actuaciones para que se pronunciara una resolución que respetara dicho derecho fundamental, argumentando sobre la importancia de la doble instancia penal revisora, insistiendo en el error cometido por la AP de Palma de Mallorca, que indicó de forma errónea el recurso que procedía, lo que hizo que el recurrente de amparo, al seguir esa indicación, perdiera la oportunidad de que su condena fuera revisada. También se refirió a que las resoluciones judiciales dictadas por el TSJ de las Illes Balears habían realizado una interpretación rigorista y desproporcionada de la normativa procesal.

El derecho a la doble instancia penal, aunque no se menciona en el art. 24.2 CE de forma expresa, está reconocido en la jurisprudencia constitucional como una de las dimensiones configuradoras del derecho a un proceso con todas las garantías de ese mismo precepto, siendo también reconocido en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

También diversas sentencias de nuestro TC han reiterado que el derecho al recurso respecto de sentencias condenatorias presenta un diferente alcance que en otros órdenes jurisdiccionales no sancionatorios. Y quedan proscritas las decisiones judiciales que impidan una revisión de una declaración de culpabilidad

que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que se intentan preservar y los intereses que se sacrifican o que supongan interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de esta.

En el caso que nos ocupa, así como en sentencias anteriores del TC, se ha establecido por este que, dada la *auctoritas* del órgano que dio una información errónea acerca del recurso procedente, esta es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que debe excusarse, pues, a pesar de haber podido estar asistido por expertos en la materia, podrían entender que las indicaciones fueran correctas.

Entiende el TC que se ha vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De tal forma que lo decidido por la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de las Illes Balears no resulta conforme con el contenido constitucional del derecho a una segunda instancia penal revisora de una declaración de culpabilidad. Opina que esa decisión resulta en exceso rigorista y contraria a las exigencias derivadas del principio *pro actione*, y acuerda la retroacción de actuaciones para que pueda pronunciarse una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental que fue vulnerado.

M.^a Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
misaba@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero [BOE núm. 46, 23-II-2021]

DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE MATRIMONIO POR EL RITO GITANO

La sentencia que brevemente comentamos argumenta sobre el derecho no reconocido a pensión de viudedad de una mujer casada por el rito gitano, que posteriormente no fue inscrito en el Registro Civil ni los contrayentes realizaron los trámites para figurar como pareja de hecho, condicionantes exigidos para poder ser beneficiario/a de la pensión en el art. 220 y ss. de la Ley General de Seguridad Social. Como argumento principal, la parte demandante alega una posible vulneración del art. 14 Constitución española por posible existencia de discriminación racial/étnica, considerándose que la etnia gitana forma parte de una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, necesitada de una protección especial. Por ello, se estima que debería reconocerse el derecho a la pensión, toda vez que el vínculo con el fallecido se desarrolló en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados y creándose una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar y por un periodo superior a diez años.

El interés de la sentencia reside en que los pronunciamientos judiciales producidos con anterioridad no han resuelto un supuesto de hecho acaecido en idénticas circunstancias, por lo que no resultan directamente aplicables. Los más relevantes, citados en la comentada sentencia, son los siguientes:

- El Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de noviembre de 2004, confirmó el derecho a pensión de viudedad de una beneficiaria cuyo matrimonio canónico con el causante no había sido inscrito en el Registro Civil. La cuestión debatida no resulta, en ningún caso, equiparable al argumentado en la comentada sentencia, puesto que el matrimonio celebrado por el rito gitano carece de cualquier reconocimiento jurídico.
- En relación a un matrimonio celebrado por el rito islámico, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1 de diciembre de 2014, rechaza su validez a efectos de causar los contrayentes derecho a pensión de viudedad, pero por no presentarse el certificado de capacidad matrimonial. Tampoco resulta, pues, de aplicación, dado que su sentencia de 2021 no tiene su punto de partida en una circunstancia similar.
- Pero en relación al matrimonio celebrado por el rito gitano, el referente más relevante lo constituye la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz contra España), cuyo contenido se toma muy en cuenta en la comentada sentencia y respecto a la cual debemos destacar los siguientes aspectos. En primer lugar, que el Tribunal reconoce la validez

del matrimonio a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, pero porque previamente el Estado había admitido la validez de actos jurídicos que podían llevar a los contrayentes a considerarlo válido de buena fe (como, por ejemplo, el reconocimiento expreso de su condición de familia numerosa), lo cual no sucede en el supuesto de hecho que da lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2021. Por lo tanto, el Tribunal no necesita acudir, como principal argumentación, a la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación. En segundo lugar, destaca el expreso reconocimiento que el Tribunal hace sobre la consideración de la etnia gitana como necesitada de una tutela particular, citando acuerdos internacionales como el Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, e incluso afirmando que no puede considerarse un matrimonio contrario al orden público. Por último, de forma muy taxativa afirma que la legislación española no vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación al no admitir la validez del matrimonio por el rito gitano a efectos de generar derecho a la pensión de viudedad, puesto que tienen acceso al matrimonio civil en iguales condiciones que el resto de la población.

La sentencia que analizamos trae causa de la presentación de un Recurso de Amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018, la cual falla en contra de la consideración como pensionista de viudedad de una mujer casada por el rito gitano, integrando un Voto Particular al igual que la sentencia del Tribunal Constitucional de 2021. Esto viene a poner de manifiesto que no existe un pleno consenso judicial sobre el criterio mantenido en ambas resoluciones pues, de hecho, en ambas se aprecian aspectos no tenidos en consideración y que sí han sido valorados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo centra su argumentación para denegar el derecho a pensión en un criterio muy formalista, cual es que el art. 200 de la Ley General de la Seguridad Social puede considerarse de carácter neutro y no provocador de situaciones discriminatorias, manifestando que la situación de vulnerabilidad de las minorías étnicas no puede conllevar excepciones en la aplicación de la ley so pena de comprometer la seguridad jurídica y la uniformidad normativa. En sentido contrario, su Voto Particular pone de relieve que su impacto es aparentemente neutro y sí puede producir situaciones de discriminación indirecta, dado que existen colectivos, como el de las personas de etnia gitana, que pueden verse particularmente afectados en base a las particularidades de sus tradiciones. Así, considera que debe primar la valoración de si la convivencia se ha mantenido de forma real y efectiva, y con carácter de pareja unida maritalmente, frente al estricto cumplimiento de los requisitos exigidos a los beneficiarios de la pensión en la Ley General de Seguridad Social, relacionados con la configuración formal de la convivencia entre los causantes.

La sentencia de 25 de enero de 2021 del Tribunal Constitucional incorpora adicionales argumentos y profundiza más en relación a la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación al denegar el derecho a la pensión de viudedad, pero

deja de lado consideraciones que, a nuestro juicio, deben ser tenidas en cuenta. A continuación, ponemos de manifiesto sus principales razonamientos y las objeciones más significativas que integra su Voto Particular, cuyo contenido queda más vinculado a la férrea protección de la aplicación del principio de no discriminación.

En primer lugar, el Tribunal reitera su doctrina general sobre el alcance de este principio: no impide la desigualdad de trato normativo, sino solo las que introducen diferencias entre situaciones que pueden considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable. En este sentido, reitera sus afirmaciones relativas a que no resulta discriminatoria la limitación del acceso a la pensión de viudedad por el legislador a determinados supuestos de convivencia matrimonial, excluyendo otras posibles formas de convivencia. En aplicación de la misma, que la unión celebrada por el rito gitano no genere derecho a pensión entre los contrayentes por no tener efectos civiles no genera, en principio, un resultado discriminatorio para el Tribunal conforme a la legislación vigente.

En segundo lugar, y ya en referencia a una posible vulneración del principio de no discriminación por motivos raciales o étnicos, el Tribunal afirma que el art. 14 Constitución española no ampara la denominada «discriminación por indiferenciación», pues no consagra un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho normativo a un trato desigual y «no existir tampoco una razón diferenciadora en la denegación o reconocimiento del derecho fundada en motivos étnicos». Apoyando el criterio del Ministerio Fiscal y el INSS, entiende que no hay discriminación, sino la consecuencia de una decisión personal y libre de no acceder a una de las fórmulas de constitución legal del vínculo, las cuales no están condicionadas a la pertenencia a una raza o etnia concreta.

Por último, probablemente el aspecto más controvertido de esta resolución se encuentra en sus argumentaciones relacionadas con la exclusión de concurrencia de discriminación indirecta, principal objeto de crítica por el Voto Particular. Pone de relieve el Tribunal Constitucional que, implicando tal discriminación un tratamiento formalmente neutro del que se deriva un impacto adverso sobre los miembros de un colectivo en particular, no cabe advertir algún perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana. Y se reitera en ello, afirmando la inexistencia de datos que «permitan acreditar otro resultado en función de evidencias estadísticas».

El Voto Particular se manifiesta particularmente contrario a este último argumento, afirmando la posible existencia de discriminación indirecta con datos que, sin duda, debían haberse valorado por el Tribunal. Así, tal y como afirma, la población romaní está expresamente reconocida como Minoría en el Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, como así ya manifestó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, por lo tanto, sus miembros deben estar plenamente protegidos por la tutela antidiscriminatoria. Según su art. 5 «las partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales

de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural». A nuestro juicio, la exigencia de inscripción registral del matrimonio no ataca, directamente, a la preservación de la identidad de la etnia gitana. Pero lo que nos resulta llamativo y poco admisible es que en otros casos claramente atentatorios contra el orden público, como puede afirmarse del matrimonio en régimen de poligamia, no se tenga en cuenta esta circunstancia y se admita la consideración de las cónyuges como beneficiarias de pensión de viudedad (como así se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019).

Por otra parte, el Voto Particular pone ampliamente de manifiesto que, en atención a los datos estadísticos, la incidencia de la población romaní en el territorio español resulta muy considerable y, por ende, la incidencia de la denegación de los efectos del matrimonio por su rito no es desdeñable (constituyen, aproximadamente, el 1.57 % de la población española, y un 28 % de los miembros de su comunidad se casan por su rito tradicional). La realidad de estos datos no puede discutirse, como tampoco puede negarse que la población islámica casada en régimen de poligamia tiene un impacto estadístico muchísimo menor y, sin embargo, en aplicación del principio de igualdad de trato se reconoce el derecho a pensión a todas las posibles beneficiarias.

Por último, en él se alude a una cuestión no referida en los fundamentos de derecho de la sentencia: el posible impacto que la resolución tiene en la discriminación por razón de género, habida cuenta de que, según el «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007», el principal sustentador de la familia nuclear compuesta por un matrimonio, con o sin hijos, es el varón en el 83 % de los casos, de lo que deriva que las principales beneficiarias de pensiones serán las mujeres y que esta constituirá su principal medio de vida. Y, ciertamente, la denegación de los derechos a pensión de viudedad por incumplimiento de requisitos formales, cuando la convivencia y la existencia de unidad familiar resultan acreditadas, así como el cumplimiento de los requisitos de carácter profesional, debe reconsiderarse por quedar muy mayoritariamente perjudicada la población femenina y por las complicadas situaciones sociales que ello les puede generar.

En definitiva, el criterio del Tribunal Constitucional, lejos de promover el consenso, hace perdurar la controversia sobre en qué medida se puede excluir del derecho a pensión de viudedad a situaciones de convivencia no legalmente formalizadas, perjudicándose a poblaciones como la romaní, pero beneficiándose a la población islámica. La disparidad de criterios solo contribuye a provocar un desigual impacto de la tutela antidiscriminatoria con la que, a nuestro juicio, resulta necesario acabar.

M.^a José CERVILLA GARZÓN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz. España
mariajose.cervilla@uca.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 de marzo de 2021 [ROJ STS 1539/2021]

VULNERA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD SINDICAL Y NO DISCRIMINACIÓN LA PROHIBICIÓN DE ACCEDER AL CONTENIDO SINDICAL DE PÁGINAS WEB PARA ALGUNOS COLECTIVOS DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA

El criterio diferenciado de la empresa a la hora de reconocer el acceso a páginas web de contenido sindical a los trabajadores en función de sus competencias y niveles profesionales marca el razonamiento central de esta sentencia que, adaptándose a las actuales circunstancias de uso generalizado de la tecnología, describe en detalle hasta qué punto los trabajadores no han recibido un mismo trato a la hora de utilizar medios de trabajo de naturaleza digital.

En un primer intento de resolver pacíficamente el conflicto, el presidente del sindicato ASEPAN (Asociación Española de Profesionales de la Gestión Aeroportuaria y de la Navegación Aérea) dirigió un correo electrónico a la directora de Organización y Recursos Humanos de la empresa AENA, en petición de que se permitiera a los trabajadores acceder a las páginas de todos los sindicatos con presencia en la empresa. Venía siendo práctica reiterada permitir la visualización de solo las páginas web de los sindicatos más representativos, en tanto que otros sindicatos debían conformarse con la simple consulta de blogs, de acceso generalizado para toda la plantilla, pero con diferencias internas entre los trabajadores, cuyas competencias más básicas actuaban como freno en cuanto al pleno reconocimiento de la libertad sindical en su vertiente informativa.

Dicho correo fue contestado en el sentido de remitirse a la Política de Acceso a Internet de AENA, reconociendo, en efecto, que algunas páginas web sindicales son accesibles a todos los usuarios (trabajadores) de AENA, pero que, en otros casos, se aplica la doctrina jurisprudencial del TC y el TS en cuanto a otorgar un mayor protagonismo a los sindicatos más representativos o que cuenten con presencia en los comités de centro o, finalmente, que ostenten la condición de delegados de personal, motivo por el cual, y habida cuenta de que ASEPAN no acreditaba tales exigencias, fue excluido por la empresa del disfrute de tales prerrogativas.

En este sentido, la sentencia expone los planes de la empresa, definidos ocho años antes de la presentación de la citada reclamación, en que, afirmando salvaguardar los derechos fundamentales, señaladamente el secreto de las comunicaciones y la intimidad y dignidad de los trabajadores, se estableció un filtro de contenidos, para permitir el uso de internet de conformidad a los intereses profesionales de AENA. Gracias a la aplicación implantada, se procedió a instaurar políticas distintas de acceso en función del perfil de los usuarios, siempre en relación con los cometidos de su ocupación, si bien con una cierta tolerancia de la empresa, que permitiría el uso para fines particulares con la prudencia necesaria. Se articuló así un triple control de acceso

(básico, medio y avanzado), el primero de ellos, de aplicación automática para todos los trabajadores, en unos casos, sin límite de tiempo, pero, en otros, con un límite máximo de conexión diaria en aras de ese uso moderado de contenidos externos a sus tareas. En segundo término, el nivel medio segregaría a aquellos trabajadores que necesitaran en su trabajo un uso más frecuente de internet de aquellos que, en su caso, precisaran de este acceso y hubieran de solicitarlo expresamente. Por último, en el nivel avanzado se situarían los puestos de responsabilidad, sin límite de acceso. Las páginas web de sindicatos serían accesibles desde el nivel medio, si bien aquellos que ostentaran la condición de más representativos o acreditaran presencia en el comité de centro quedarían libres de restricciones y sus páginas permitirían un visionado general por parte de la plantilla.

Tras un segundo intento infructuoso de rectificación dirigido a la empresa, se presenta ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de conflicto colectivo, por entender la práctica empresarial como vulneradora de los derechos fundamentales de libertad sindical y de no discriminación. Dicha sentencia desestima la demanda, motivo por el que el sindicato decide presentar recurso de amparo ante el TS, sobre la base de una pretendida igualdad que ha de extenderse a todos los trabajadores en el acceso a la información sindical, ya que es un derecho que no forma parte de los condicionantes de cada puesto de trabajo.

Nadie duda de que la empresa ostenta un derecho legítimo a controlar el uso adecuado por parte de sus trabajadores de las herramientas o medios técnicos de su propiedad, pero ello ha de garantizar simultáneamente la salvaguarda de los derechos fundamentales de la plantilla. El elemento básico a valorar sería, pues, la vulneración de derechos fundamentales con carácter selectivo, que afectaría en particular a los trabajadores de perfil informático básico en relación a aquellos otros con niveles medio y avanzado.

El Tribunal comienza delimitando la correcta legitimación del sindicato para erigirse en defensor de los intereses de los trabajadores afectados, sean o no afiliados al mismo, pero que compartirían una misma situación de vulnerabilidad en el reconocimiento de sus derechos sindicales. Así, es evidente que la defensa frente a una eventual discriminación que atenta contra el interés genérico de un grupo de trabajadores no puede ser ejercitada por un sujeto individual, sino que es precisa la intervención de un ente colectivo, cual es el sindicato. El papel que este ha de cumplir no se reduce, sin más, a una actuación frente a posibles vulneraciones de la libertad sindical, sino también cuando está en juego algún otro derecho fundamental, cual sería, en concreto, la igualdad y la prohibición de un trato discriminatorio.

Una vez resuelto el plano de la legitimación, el TS reproduce su doctrina anterior, con apoyo, asimismo, en pronunciamientos del TC, de que no toda desigualdad de trato supone una infracción del precepto constitucional de igualdad. Podrán existir desigualdades, que no discriminaciones, cuando concurra alguna causa objetiva y razonable que las justifique, siendo preciso, al respecto, efectuar un juicio de proporcionalidad para despejar posibles dudas. Ello adquiere una mayor relevancia en el

ámbito laboral, donde el singular instrumento normativo que es el convenio colectivo permite una mayor flexibilización de los derechos fundamentales y, en particular, del principio de igualdad y no discriminación, siendo admisible el recurso a otros valores que encuentran su origen en la autonomía de la voluntad de las partes.

El TS no encuentra justificación a un distinto trato interno entre la diferente tipología de trabajadores que se ha descrito anteriormente. No se trata de filtrar contenidos intrascendentes, ajenos por completo al entorno laboral. Es, por el contrario, una información sindical directa, de sindicatos que, demuestren o no presencia en los órganos de representación e independientemente de que ostenten la condición de más representativos, ejercen su labor de transmisores de todas aquellas cuestiones de interés para los trabajadores de la empresa, de manera indiferenciada. No existe, por tanto, una causa de justificación adicional a la mera alegación del desempeño de un distinto puesto de trabajo. Siendo esto así, el Tribunal estima el recurso y, por consiguiente, aprecia como vulneradora de los derechos fundamentales de libertad sindical y de igualdad la actuación empresarial, que impide a los trabajadores que han recibido esa clasificación básica disponer de las mismas condiciones de acceso informativo que al resto de trabajadores catalogados en función de su desempeño, y valorando de modo prioritario la ausencia de una justificación objetiva y suficiente de ese trato desigual y discriminatorio que a todas luces se ha producido y que no encuentra un fundamento sólido para otorgarle una interpretación alternativa.

María Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca
polo@usal.es