

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

eISSN: 2340-5155

DOI: <https://doi.org/10.14201/AIS2023112>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Scicence / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023112>

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria técnica

Noemí MATEOS GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Consejo de Redacción

Fernando ANDRADE FERNANDES (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil)
Susy Inés BELLO KNOLL (Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina)
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Institut d'Études Politiques de Paris, Francia. Codirector de Global Governance Studies)
Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)
Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)
José Luis GOÑI SEIN (Universidad Pública de Navarra, España)
Alejandro GUZMÁN-BRITO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)
Rafael LARA GONZÁLEZ (Universidad Pública de Navarra, España)
Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)
Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia
Estrella TORAL LARA (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)
Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venezia, Italia)
Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)
José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)
Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)
Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)
Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)
Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)
Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)
Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)
Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)
Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)
Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)
Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)
César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España)
Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)
Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023112>

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Vicedecanato de Docencia y Relaciones Institucionales

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (dir.)
M.^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Secretaría) Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca
Campus Miguel de Unamuno, s/n • 37007 Salamanca (España) Teléfono: +34 923 29 44 41
Correo-e: ais@usal.es

<https://derecho.usal.es/>

<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

La revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) se publica exclusivamente en formato electrónico y su divulgación será a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la revista en su conjunto.

Propiedad intelectual de la revista *ARS IURIS Salmanticensis* (AIS)

El autor cede a la Universidad de Salamanca (Ediciones Universidad de Salamanca) los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública necesarios para la explotación de su obra en la revista *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS) en formato electrónico y su divulgación a través de los portales propios de la Universidad de Salamanca y de todos aquellos otros portales o repositorios con los que existan acuerdos de colaboración, así como la realización de resúmenes de los mismos para la difusión de tales obras y de la Revista en su conjunto. La cesión de derechos tiene carácter exclusivo, gratuito, indefinido y de alcance mundial.

El autor *garantiza* que el trabajo remitido constituye una obra original de su creación, no copiado ni plagiado en todo o en parte de la obra de terceros, ni publicado anteriormente en otro lugar. Se *compromete*, además, a no remitir el mismo artículo a otras publicaciones mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS); no obstante, transcurridos seis meses desde su envío sin aceptación formal para su publicación, o antes, si la Revista lo hubiera rechazado, podrá de nuevo el autor disponer libremente de su trabajo para publicarlo en otro lugar.

El autor *garantiza*, igualmente, que ha respetado las normas de elaboración del trabajo habituales en su ámbito de estudio, así como las relativas a los derechos de autor de los textos, gráficos y demás materiales incluidos en sus textos remitidos a *ARS IURIS SALMANTICENSIS* (AIS).

Pretende mantener los *más altos estándares de calidad* en sus publicaciones. Sin perjuicio de la responsabilidad que, en primera instancia, tienen los propios autores cuidando la honestidad, altura creativa y autenticidad de su obra, los editores, los miembros del Consejo de Redacción y los revisores de la Revista velarán por el mantenimiento de la integridad, calidad y originalidad de la investigación.

Esta revista está indizada en: Dialnet y SHERPA/RoMEO. Aparece también en ProQuest y Latindex

NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta e interior: Fernando Benito e Intergraf - Maquetación: Gráficas Lope - Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla

Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse con fines comerciales sin permiso escrito de Ediciones Universidad de Salamanca. A tenor de lo dispuesto en las calificaciones *Creative Commons* CC BY-NC-SA y CC BY, se puede compartir (copiar, distribuir) el contenido de esta revista, según lo que se haya establecido para cada una de sus partes, siempre y cuando se reconozca y cite correctamente la autoría (BY), siempre con fines no comerciales (NC) y compartiendo la obra resultante bajo el mismo tipo de licencia (SA).



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Scicence / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023112>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. Evolución de la igualdad de oportunidades en la Policía Nacional española, por *Rafael Luis Santero Díaz*..... 11-21

ESTUDIOS

1. El quehacer jurídico, por *Ricardo Rivero Ortega*..... 25-39
2. La venalidad de los títulos nobiliarios: el marquesado de Tojo, gobernación del Tucumán, s. XVIII, por *Héctor Dante Villena Ríos*..... 41-58
3. La protección y promoción jurídica de los lugares de memoria en Colombia. El caso del cementerio de La América, barrio San Javier (Comuna 13), Medellín, por *Luis Ociel Castaño Zuluaga, Natalia Andrea Restrepo Hernández e Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez*..... 59-82
4. Aplicación del derecho con perspectiva de género hacia una justicia igualitaria. Un reto para erradicar la violencia contra la mujer en el régimen jurídico de El Salvador, por *Morena Guadalupe Quintana Marxelly*..... 83-114

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN

(ENERO-JUNIO 2023)

- Derecho Administrativo 119-138
Derecho Civil..... 139-154

Índice

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 5-6
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

| | |
|---|---------|
| Derecho Constitucional..... | 155-157 |
| Derecho del Trabajo y Seguridad Social..... | 158-160 |
| Derecho Financiero y Tributario..... | 161-165 |
| Derecho Mercantil..... | 166-193 |
| Derecho Penal..... | 194-205 |
| Derecho Procesal..... | 206-209 |

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(ENERO-JUNIO 2023)

| | |
|--------------------------------------|---------|
| Derecho Civil..... | 215-236 |
| Derecho Constitucional..... | 237-266 |
| Derecho Financiero y Tributario..... | 267-270 |
| Derecho Mercantil..... | 271-298 |
| Derecho Penal..... | 299-304 |
| Derecho Procesal..... | 305-312 |



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023112>

TABLE OF CONTENTS

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. Evolution of Equality of Opportunities in the Spanish National Police, by *Rafael Luis Santero Díaz* 11-21

ARTICLES

1. The Legal Task, by *Ricardo Rivero Ortega* 25-39
2. The Venality of the Titles of Castile: The Marquisate of Tojo, Governorate of Tucumán, s. XVIII, by *Héctor Dante Villena Ríos* 41-58
3. Legal Protection and Promotion of Places of Memory in Colombia. The Case of the America Cemetery, San Javier Neighborhood (Comuna 13), Medellín, by *Luis Ociel Castaño Zuluaga, Natalia Andrea Restrepo Hernández and Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez* 59-82
4. Application of the Law with a Gender Perspective towards an Egalitarian Justice. A Challenge to Eradicate Violence against Women for the Salvadoran Judiciary, by *Morena Guadalupe Quintana Marxelly* 83-114

LAW REVIEW

(JANUARY-JUNE 2023)

- Administrative Law 119-138
- Civil Law 139-154

Table of contents

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 7-8
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

| | |
|-------------------------------------|---------|
| Constitutional Law..... | 155-157 |
| Labour Law And Social Security..... | 158-160 |
| Financial And Tax Law..... | 161-165 |
| Commercial Law..... | 166-193 |
| Criminal Law..... | 194-205 |
| Procedural Law..... | 206-209 |

CASE LAW

(JANUARY-JUNE 2023)

| | |
|----------------------------|---------|
| Civil Law..... | 215-236 |
| Constitutional Law..... | 237-266 |
| Financial And Tax Law..... | 267-270 |
| Commercial Law..... | 271-298 |
| Criminal Law..... | 299-304 |
| Procedural Law..... | 305-312 |

— TRIBUNA DE ACTUALIDAD —

Evolución de la igualdad de oportunidades en la Policía Nacional española

Evolution of Equality of Opportunities in the Spanish National Police

Rafael Luis SANTERO DÍAZ

Doctor en Derecho

España

Inspector de policía

rlsantero@usal.es

A lo largo de la historia el rol de la mujer, en cuanto a las actividades productivas, ha sufrido variaciones importantes. Primeramente, la mujer ha realizado actividades centradas en la crianza de los hijos y los cuidados familiares y del hogar y, después, como resultado de diferentes movimientos sociales, ha comenzado a incorporarse al conjunto de actividades laborales, con mayor o menor presencia. Nos centraremos en el análisis de la mujer en la Policía española, Policía Nacional y cuerpos policiales predecesores, sin entrar en este trabajo a valorar cuestiones económicas o de derechos.

Será en la segunda mitad del s. XX, con el mayor impulso de la Revolución Industrial y del aumento de movimientos sociales, cuando la mujer comience a incorporarse en mayor número al mercado laboral. Para llevar a cabo esta incorporación habrá de adecuarse la legislación laboral acometiéndose reformas legislativas sobre aquellas normas que regulaban el acceso al empleo y las condiciones de trabajo de las mujeres. No obstante, los obstáculos para el acceso al empleo de las mujeres no cesarían de

manera inmediata, sino que debería superarse un proceso de adaptación acorde al modelo social, de manera que algunas actividades laborales van a ser objeto de limitaciones que impedirían el acceso de las mujeres a las mismas.

Los sectores de la seguridad pública o de la defensa del Estado se verán afectados por las restricciones mencionadas, al entender el legislador que el empleo de armas de fuego conllevaba un grave riesgo. Sin embargo, previo a estas limitaciones legislativas que tendrían lugar en la segunda mitad del s. XX, y que veremos más adelante, en nuestro país se dan los primeros pasos para posibilitar el acceso de la mujer a la Policía Gubernativa durante la II República, rubricando el presidente de la República, Manuel Azaña, y el ministro de la Gobernación, Ángel Galagarza, el Decreto de 23 de septiembre de 1936 que debería permitir la incorporación de agentes, femeninos o masculinos, de tercera clase al Cuerpo de Vigilancia e Investigación. Decreto que vendría a modificar otro anterior de fecha de 5 de agosto de 1936 que parecía no ser determinante en cuanto al sexo de los aspirantes; en el mismo se facultaba al director general de Seguridad para llevar a cabo nombramientos de agentes de tercera clase del Cuerpo de Vigilancia e Investigación sin limitación de sexo, solventando cualquier posible duda que pudiera existir¹.

La propia Constitución española de 9 de diciembre de 1931 venía a reconocer la igualdad plena ante la ley y la no distinción de sexo en cuanto a admisibilidad a empleos y cargos públicos en dos de sus artículos:

Artículo 2: Todos los españoles son iguales ante la Ley.

Artículo 40: Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen.

Esta posibilidad de ingreso de las mujeres al Cuerpo de Vigilancia e Investigación quedaría en suspenso como consecuencia de la evolución de la Guerra Civil española y su desenlace, pues, a pesar de que la mujer llegaría a formar parte de los Cuerpos de Seguridad, esta relación sería en funciones de colaboración a través de las milicias formadas por sindicatos y partidos políticos, como se expresa en el Decreto del Ministerio de la Gobernación de 16 de septiembre de 1936 por el que se creará un cuerpo de carácter transitorio encargado de colaborar con los Cuerpos Policiales existentes, Cuerpos de Investigación y Vigilancia, Seguridad, Asalto, Guardia Nacional y Carabineros. Este cuerpo transitorio se denominaría Milicia de Vigilancia de Retaguardia, teniendo sus integrantes preferencia para su ingreso en los anteriores; sin embargo, las mujeres quedarán relegadas de estas funciones en un breve espacio de tiempo, no existiendo constancia de su integración en las relaciones de personal policial dos años más tarde, como señala TABOAS (2019).

1. Esta modificación que permitía el acceso de las mujeres a la Policía española se fundamentaba en la realidad social imperante en los Estados modernos, en los que la mujer habría confirmado su adaptación en funciones de policía e investigación.

Finalizada la Guerra Civil española la situación laboral de la mujer, en cuanto a su situación con respecto a la Policía, va a quedar en suspenso por un periodo superior a 40 años. En el año 1966 se va a llevar a cabo una regulación legal del trabajo de las mujeres en la que se equiparará su trabajo al de los hombres mediante la promulgación de la Ley 56/1961 de 22 de junio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer, si bien, se impondrán determinadas limitaciones a las mujeres en cuanto al acceso al empleo.

Se reconocería la posibilidad de participación de las mujeres en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones Públicas, en las mismas condiciones que las del hombre, así como a todos los grados de la enseñanza.

A pesar de garantizar el acceso de las mujeres al empleo público, el artículo 3 de la citada ley establecía excepciones relativas al ingreso, entre otros, en institutos armados y cuerpos, servicios o carreras que implicasen de manera habitual la utilización de armas para el desempeño de sus funciones.

Cinco años más tarde, por la Ley 96/1966, de 28 de diciembre, se suprime la limitación establecida en el apartado c) del número dos del artículo tercero de la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos de la mujer; sin embargo, aquellas referidas a institutos armados se van a mantener. En el año 1975, cuando se promulga el Decreto 2038/1975 de 3 de septiembre (BOE n.º 211), por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa, vendrían a ratificarse las referidas limitaciones establecidas 14 años atrás por la Ley 56/1961, de manera que se excluiría a las mujeres de la posibilidad de acceder a las vacantes que pudieran producirse en cualquiera de los dos Cuerpos Policiales, Cuerpo General de Policía y Policía Armada, al establecerse como requisito previo para el ingreso en el primero el de ser varón, mientras que para el ingreso en el Cuerpo de Policía Armada se exigía como requisito el de haber cumplido el servicio militar, condición que únicamente podían cumplir los varones.

Previamente a la promulgación de la Constitución española de 1978 la Policía Gubernativa eliminará las limitaciones que venían existiendo para las mujeres en cuanto al acceso a Cuerpos de Seguridad, lo que se lleva a cabo con la publicación del Real Decreto 1468/1977, de 17 de junio, por el que se modifican las condiciones de ingreso en el Cuerpo General de Policía, disponiéndose en su artículo primero que en lo sucesivo en las pruebas de selección para el ingreso en la Escuela General de Policía podrían ser admitidos candidatos femeninos, en igualdad de condiciones con los varones. Sería este el primer paso para el acceso de las mujeres a la Policía española y que vendría a producirse en un momento social envuelto en un importante proceso de cambio que para su consolidación requerirá de su continuidad a lo largo del tiempo, así como de nuevos actores sociales que marquen una trayectoria clara, como ha sido el caso que nos ocupa.

A partir de este momento, la regulación normativa en cuanto al ingreso en la Policía tomará un camino inequívoco no solo hacia la incorporación de la mujer en el seno de la institución policial, sino en dirección hacia la igualdad entre hombres y mujeres. Así,

mediante Orden de 28 de febrero de 1978, del Ministerio del Interior, se convocaban pruebas selectivas para cubrir vacantes en el Cuerpo General de Policía, alumnos de la Escuela General de dicho cuerpo. En esta ocasión se reservarían 100 plazas para ser cubiertas por personal femenino. Nos encontramos ante una reserva negativa de vacantes para mujeres, esta circunstancia que solo permitirá un máximo de mujeres determinado se mantendrá durante al menos los siguientes cinco años. A pesar de encontrarnos con una limitación en cuanto a número de vacantes ofertadas en función del sexo, debemos tener en cuenta la situación sociolaboral de la mujer en España en aquellos años², aún sin presencia en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o Fuerzas Armadas, así como el hecho de encontrarnos con que esta sería la primera ocasión en la que se abría la posibilidad de ingreso. Para esta primera convocatoria se estaría a lo dispuesto en la Disposición Transitoria contenida en el Real Decreto 1468/1977:

Se autoriza al Ministro de la Gobernación para que, en la primera convocatoria a ingreso en la Escuela General de Policía en que sean admitidos candidatos femeninos, establezca dispensa de los límites de edad establecidos para el ingreso y la aplicación para esta sola convocatoria de la disposición transitoria cuarta del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa a aquellas funcionarias de los Cuerpos Especial Administrativo y Auxiliar de Oficinas que en la actualidad prestan sus servicios en los Grupos Especiales y en el de Orientación de Toxicómanos.

Se fija en 40 años el límite de edad para los candidatos femeninos que pertenecieran a los Cuerpos Especial Administrativo y Auxiliar de Oficinas que prestasen servicios en los Grupos Especiales y en el de Orientación de Toxicómanos, frente a los 31 años que se fijan para los varones. De la misma forma se va a exceptuar, a las mujeres referidas, del requisito de titulación previsto para los varones, haber superado la prueba de madurez del Curso Preuniversitario o del Curso de Orientación Universitaria (COU) o estar en posesión de título que faculte para su acceso directo a la enseñanza universitaria superior.

Finalizado el proceso de formación en la Escuela General de Policía serían 42 las mujeres que recibirían su despacho como inspectoras de tercera categoría del Cuerpo Superior de Policía por Resolución de la Dirección de la Seguridad del Estado de 11 de septiembre de 1979, por la que se nombraban inspectores del Cuerpo Superior de Policía a los funcionarios en prácticas, alumnos de la escuela de dicho cuerpo, que concluyeron sus estudios en el expresado año. Una de esas 42 inspectoras de Policía, María José García Sánchez, sería asesinada el 16 de junio 1981 en la localidad guipuzcoana de Zarauz por la organización terrorista ETA, siendo la primera mujer fallecida en acto de servicio en España.

2. Existían obstáculos como el hecho de estar casada previamente al ingreso o la prohibición de contraer matrimonio habiendo ingresado, en el caso de algunas Policías Municipales, pioneras en incorporación femenina a institutos armados.

No obstante, las restricciones que por razón de sexo se imponían a las mujeres se mantendrían para el Cuerpo de Policía Nacional a pesar de la promulgación de la Constitución española de 1978 y el reconocimiento de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres en su artículo 14 tratando de impedir cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras.

Esta limitación desaparecerá definitivamente en el año 1983 en el que, mediante Resolución de 5 de octubre de 1983, de la Dirección de Seguridad del Estado, se convocaba oposición libre para cubrir 500 plazas de Policía Nacional. Esta convocatoria será la primera en que se permita el acceso a las mujeres al Cuerpo Policial uniformado³.

En esta ocasión no se hace referencia explícita al requisito de ser varón para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas, citándose ya a las mujeres en las bases de la convocatoria, punto 3, punto f, en el que se fija la estatura mínima de cada sexo. Las plazas convocadas no establecen reserva alguna en función del sexo de los aspirantes, en esta ocasión son convocadas de forma indistinta, continuándose así ese camino hacia la igualdad iniciado en el año 1979; sin embargo, tan solo culminarán el proceso selectivo poco más de un 10 % del total de aspirantes.

De los policías nombrados por Orden del Ministerio de Interior de 1 de junio de 1985, 53 fueron mujeres, encontrándose en la actualidad en la máxima categoría profesional de la actual Policía Nacional alguna de aquellas mujeres policías.

Con el objetivo de lograr una mayor tasa de ingreso femenino en la Policía Nacional se adoptan medidas de acción positiva⁴ que favorezcan el ingreso de la mujer. Desde las primeras convocatorias para ingresar en los cuerpos de policía estatal podemos observar cómo se introducen algunas diferencias en cuanto a requisitos del aspirante en función de si estos son hombres o mujeres. Básicamente los requisitos tratan de adaptarse a las diferencias biológicas entre ambos sexos, así, la Resolución de 26 de diciembre de 1984, de la Dirección General de la Policía, por la que se convoca oposición para cubrir 500 plazas en el Cuerpo de la Policía Nacional, introducía las primeras medidas de acción positiva al establecer diferentes marcas en las pruebas físicas y en función del sexo del aspirante, medidas que se irán manteniendo a nuestros días.

Posteriormente, la Dirección General de la Policía aplicaría de manera principal dos de estas medidas en cuanto a los procesos selectivos. Ambas referidas a las diferencias anatómicas existentes entre hombres y mujeres. La primera en cuanto a la estatura, contemplándose una diferencia de 5 centímetros de talla entre mujeres y hombres en favor de las primeras, derivado de lo dispuesto en el artículo 7 apartado c) del Real

3. La incorporación de mujeres al Cuerpo uniformado resulta quizás más llamativa para la sociedad española no acostumbrada aún a ver mujeres uniformadas en sus calles y en profesiones de riesgo.

4. Por medidas de acción positiva en ámbito del acceso a la Policía Nacional podemos entender aquellas decisiones políticas que van a devenir en actuaciones legales encaminadas a superar las desigualdades que impiden o dificultan el acceso de la mujer a la profesión policial.

Decreto 440/2007, de 4 de abril, por el que se modifica el Reglamento de procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril (BOE n.º 81, de 4 de abril de 2007). Finalmente, el Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procesos selectivos y formación de la Policía Nacional, eliminará el requisito de estatura para el acceso a la Policía Nacional, sin embargo, se mantiene para el acceso a determinadas unidades como GEO, UIP o UPR.

Por otra parte, y también a partir de las diferencias anatómicas entre ambos sexos, se establecen determinadas pruebas físicas que habrán de superarse en la fase de oposición, siendo diferentes las de las mujeres a las de los hombres, permitiéndose unos mayores tiempos, en aquellas pruebas evaluadas en función de este, en el caso de las mujeres; diferencias en cuanto al ejercicio denominado «dominadas» en el que los hombres deberán elevarse por encima de una barra realizando un número determinado de repeticiones, mientras el ejercicio para las mujeres consistirá en mantenerse suspendida de esa barra por unos tiempos determinados. En cuanto a la carrera de 1000 metros, se dan diferencias de casi un minuto de tiempo en beneficio de las mujeres.

A pesar de estas medidas para favorecer la tasa de mujeres en el cuerpo policial, los resultados no parecen ser del todo satisfactorios ya que los porcentajes de mujeres no superan el 17,6 % del total de integrantes, lo que significa que la profesión continúa siendo mayoritariamente masculina.

La Policía Nacional ha tratado y trata de avanzar en la igualdad de sus integrantes desde la incorporación de las mujeres al instituto armado, con esta finalidad y en el marco de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en sus artículos 67 y 68, por Resolución de 25 de abril de 2007, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, se establecen normas de funcionamiento y composición del Observatorio de la Mujer en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Orden General de la Dirección General de la Policía, n.º 1649, de 20 de abril, de 2007), con el fin de disponer de un conocimiento actualizado de la situación de la mujer en la Policía Nacional.

Va a cobrar especial relevancia la referencia que la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, hace a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como un principio informador de la interpretación y aplicación de sus preceptos donde destacan los siguientes:

- En lo que se refiere al ingreso en la Policía Nacional y de acuerdo a lo previsto en el artículo 25.1, este habrá de llevarse a cabo conforme a los principios constitucionales, citándose entre otros el principio de igualdad.
- Por otra parte, la formación en la Policía Nacional, orientada a la consecución de la capacitación profesional y la actualización permanente de sus funcionarios, deberá asentarse en el absoluto respeto de los derechos fundamentales y las libertades

públicas constitucionalmente reconocidos tal y como señala el artículo 20.1. de esta LO.

- En cuanto a la promoción profesional, que se configura como el conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, deberá someterse a los principios de objetividad e igualdad previstos en el artículo 40.1.
- Las condiciones de trabajo y provisión de puestos de trabajo se encuentran recogidas en los artículos 47.1, determinándose que los puestos de trabajo se proveerán de acuerdo a los principios de igualdad y mérito, entre otros. Igualmente se va a reconocer el derecho a la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género a obtener puesto de trabajo en otra plantilla para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, lo que se recoge en el artículo 49.2. Así como la excedencia por razón de violencia de género que se prevé en el artículo 57.d.

Por otra parte y en el proceso hacia la igualdad entre mujeres y hombres, encontramos la Resolución de 29 de diciembre de 2020, de la Secretaría General de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el III Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado y en los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella. Afectará a la Policía Nacional, reflejándose en el I Plan de Igualdad de la Policía Nacional, aprobado por Resolución de 28 de febrero de 2023.

Como órganos específicos para la igualdad entre mujeres y hombres en la Policía Nacional podemos encontrar la Oficina Nacional para la Igualdad de Género (en adelante ONIG), creada en virtud de la Resolución de la Dirección General de la Policía de 2 de febrero de 2018, dependiente de la Subdirección General del Gabinete Técnico, a cuyo frente se encuentra una Comisaría Principal, con claros objetivos para la erradicación de cualquier tipo de discriminación contra las mujeres en el seno de la Policía Nacional. Dando así respuesta a la necesidad de creación de un órgano que promoviese la igualdad de hombres y mujeres en el seno de este cuerpo policial, y cuyos objetivos, según la normativa anteriormente expuesta, serían los siguientes:

Conocimiento actualizado de la situación de la mujer en la Policía Nacional, detectar las posibles áreas potenciales de todo tipo de discriminación, adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal y laboral, la corresponsabilidad, así como la mejora de las condiciones de representación y empoderamiento de la mujer en la Policía Nacional.

En cuanto a las funciones que se desarrollarán por parte de la Oficina Nacional para la Igualdad de Género, a través del Gabinete Técnico, son las siguientes:

- Operar como Observatorio en materia de igualdad, siendo el órgano específico para recoger, analizar y difundir toda la información relativa a las políticas transversales sobre igualdad de género en sus respectivos ámbitos de actividad, tanto de

fuentes nacionales como internacionales, así como asesorar en los proyectos o cambios normativos que se refieran a la igualdad de género.

- Actuar como delegada para la Tutela de la Igualdad con funciones de interlocutora social en este ámbito y punto focal a nivel central y periférico.
- Realizar los informes sobre el impacto de género de las medidas y políticas que se desarrollen en la Policía Nacional. Evaluar y realizar estudios de diagnóstico de situación sobre violencia de género, acoso sexual y otras formas de discriminación en la Policía Nacional, que ayuden a la formulación de recomendaciones y propuestas tendentes a prevenirlas y, en su caso, de resoluciones de obligado cumplimiento para su erradicación. Además, realizará un seguimiento de los casos que, por su gravedad, se estime pertinente, con información y asesoramiento de las víctimas.
- Velar por la igualdad de oportunidades profesionales entre mujeres y hombres en la institución policial, especialmente en el desarrollo de la carrera profesional, atendiendo al ingreso, ascensos, destinos y situaciones administrativas, realizando los análisis y evaluaciones periódicas que sean necesarias sobre su efectividad.
- Favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, proponiendo iniciativas y medidas que permitan una mejor convivencia entre el compromiso laboral y las responsabilidades familiares.
- Impulsar programas de formación en igualdad de género, coordinando un Plan de Formación en Igualdad de Género para el personal de la Policía Nacional, que contemple un programa anual a través de charlas, cursos, conferencias, coloquios o talleres en esta materia, resaltando la sensibilización de un uso no sexista del lenguaje dentro de la Policía Nacional, así como la inclusión de los contenidos de igualdad de género en todos los programas formativos de Policía Nacional.
- Impulsar campañas de sensibilización e información en materia de igualdad de género, creando para ello una página web como mecanismo de difusión.
- Participar y mantener relaciones con otras administraciones e instituciones públicas o privadas, nacionales e internacionales que favorezcan la igualdad de género, constituyendo un foro de intercambio y comunicación de información y buenas prácticas, ayudando en proyectos de investigación con dichos organismos.
- Recibir propuestas de mejora en cuestiones de igualdad, que puedan aportar tanto los puntos de contacto, como las organizaciones sindicales o cualquier funcionario por propia iniciativa.

A pesar de estas medidas la profesión policial se encuentra excesivamente masculinizada y con el fin de promover el acceso de la mujer, asumiendo el mandato para la igualdad previsto en el artículo 9.2 de la Constitución española, se han llevado a cabo otro tipo de medidas con el fin de reducir aquellas posibles limitaciones con las que pudieran encontrarse las mujeres a la hora de acceder al Cuerpo Nacional de Policía.

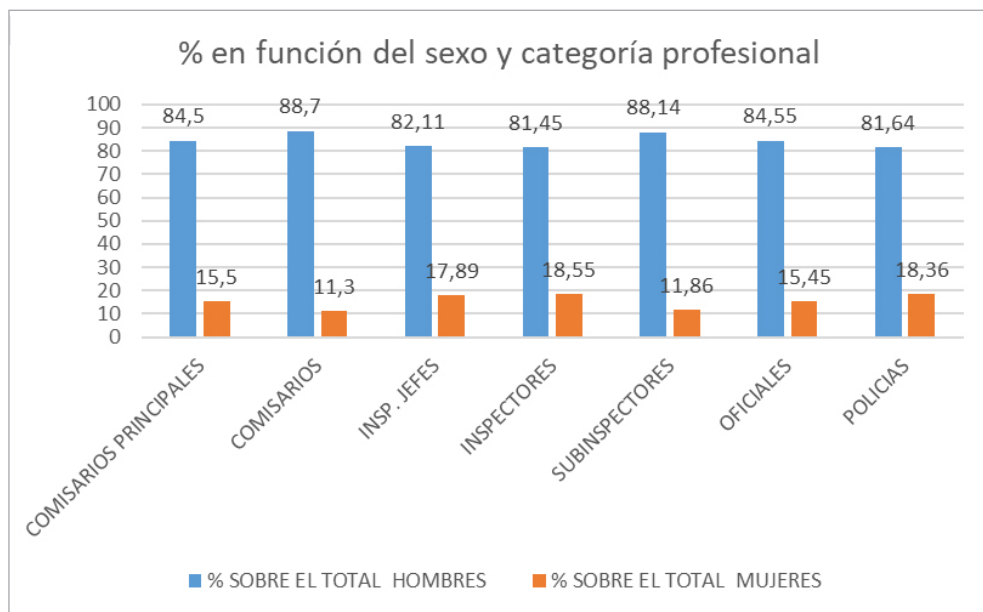
La Ley Orgánica 3/2007 en su artículo 11.1 insta a los poderes públicos a adoptar medidas específicas en favor de las mujeres, para corregir situaciones evidentes de

desigualdad con respecto a los hombres, y el artículo 42 de la misma ley orgánica, se refiere a aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

De la misma manera el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, impone condiciones de igualdad con respecto al ingreso en la Policía Nacional en sus diferentes fases; así mismo, cada una de las resoluciones en las que se convocan oposiciones para cubrir plazas de alumno en la Escuela Nacional de Policía se dictan con arreglo a lo dispuesto, entre otras, en la Ley Orgánica 3/2007 y lo previsto en el III Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres de la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos de 29 de diciembre de 2020.

La situación actual de la mujer, en cuanto al acceso a la Policía Nacional, se encuentra lejos de discriminaciones que perjudiquen el acceso de estas al referido cuerpo, más bien, como hemos expuesto en párrafos anteriores, se ha procurado reducir aquellas exigencias que por cuestiones físicas pudieran resultar una dificultad, estableciéndose pruebas de ingreso diferenciadas en función del sexo del opositor.

Año tras año la presencia femenina se incrementa en el seno de la Policía Nacional, en el año 2023 esta presencia femenina supone un 17,54 % frente al 16,78 % del año precedente; no obstante, este incremento, que en datos totales puede no parecer importante, ofrece resultados diferentes si realizamos un análisis segregado por categorías profesionales.



Elaboración propia.

El máximo órgano directivo dentro de la Policía Nacional es el Consejo de Gobierno, compuesto por 15 miembros, pertenecientes a la categoría profesional de Comisario Principal de la Policía Nacional. Hasta el año 2012 ninguna mujer había llegado a este órgano. En la actualidad de sus 15 miembros 4 son mujeres, lo que supone un 26,66 % de representación femenina en este órgano decisor, muy superior a la representación en el conjunto total de la Policía Nacional, que se situaría en un 17,54 %, o por cada una de las categorías profesionales, observándose que la categoría con mayor representación femenina alcanzaría un porcentaje del 18,55 %.

Por su parte y referido a las categorías profesionales, la situación en cuanto a la presencia de las mujeres en la Policía Nacional ha variado con respecto a décadas anteriores, alcanzando 22 mujeres la máxima categoría profesional existente en el Cuerpo, comisarios principales, lo que supone una representación femenina del 15,5 %, frente al 13,7 % del año 2022, cerca de dos puntos porcentuales; si bien debe considerarse que a esta categoría profesional se llega tras superar tres ascensos con sus correspondientes periodos de formación y plazos de tiempo para poder opositar a la categoría inmediata superior. Como ocurre con otras profesiones en las que la promoción profesional conlleva cambios de destino a otras ciudades, mayor exigencia en cuanto a dedicación o disponibilidad horaria, parece que las mujeres presentan una mayor tendencia que los hombres a renunciar a su carrera profesional, representando las actividades familiares como la crianza de los hijos o cuidados de familiares de mayores un elemento determinante en el retraso o renuncia del desarrollo de la carrera profesional.

La siguiente categoría profesional, comisarios, cuenta con una representación del 11,3 % sobre el total de esta categoría. El incremento en el último año supondría un 1,2 %. Tanto la categoría de comisario principal, como la de comisario conforma la Escala Superior del Cuerpo en la que el incremento de presencia femenina en los últimos años ha crecido de manera exponencial.

En cuanto a los inspectores jefes, el porcentaje de mujeres alcanza un 17,89 %, superando el 2 % de incremento de mujeres en esta categoría. El ascenso a esta categoría es, en no pocos casos, el puente para llegar a la Escala Superior.

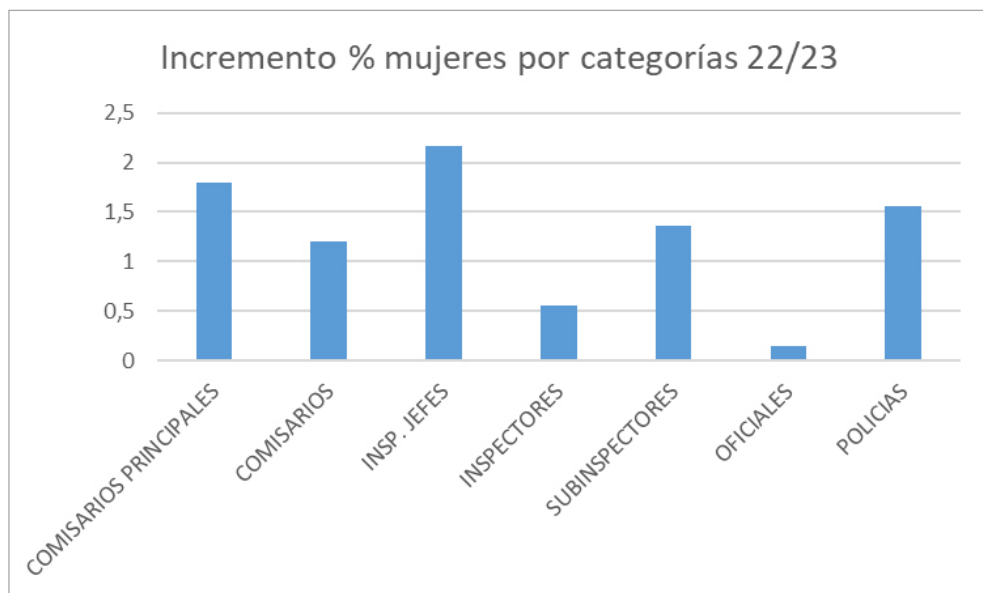
Las categorías vistas hasta ahora son aquellas a las que se accede bien por oposición o bien por antigüedad, entre miembros de la Policía Nacional que se encuentran en la categoría inmediata inferior a la que aspiran; sin embargo, la siguiente categoría en las escalas de la Policía Nacional, inspectores, permite el acceso directo sin necesidad de pertenecer previamente a la Policía Nacional. En esta categoría se cuenta con el mayor número de mujeres de todas las categorías, alcanzando un 18,55 % sobre el total; el incremento sería de medio punto que respecto al año anterior.

La categoría de subinspectores, única en su escala, alcanza un 11,86 % de representación femenina, incrementándose, al igual que en el resto de categorías profesionales, en este caso en un 1,36 %.

Ya en la escala básica, la categoría de oficial de Policía tiene una representación de mujeres del 15,45 % sobre el total, siendo esta la categoría en la que menos crece la presencia femenina con respecto al año anterior, un 0,15 %.

Finalmente, la categoría de policía alcanza un porcentaje de mujeres del 18,36 %. En el año 2022 el porcentaje era del 16,8 %, suponiendo un incremento del 1,56 %.

Como puede apreciarse en los párrafos anteriores, dos son las categorías con mayor representación: la de inspectores de Policía y la de policía, ambas categorías de ingreso, de lo que podemos inferir que, a pesar de producirse incremento femenino en cada una de las categorías profesionales de la Policía Nacional, la mujer continúa presentando mayores dificultades para poder desarrollar una carrera profesional, si bien esos obstáculos estarían más relacionados con cuestiones personales.



Elaboración propia.

ESTUDIOS

El quehacer jurídico

The Legal Task

Ricardo RIVERO ORTEGA

Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>

ricriv@usal.es

Recibido: 25/10/2023

Aceptado: 15/11/2023

Resumen

La inteligencia artificial no reemplazará a los juristas si somos capaces de adaptar nuestro enfoque con pragmatismo y orientación social. Una metodología docente e investigadora dirigida a resolver problemas y atender necesidades demostrará las valiosas capacidades de los futuros profesionales del Derecho, que siempre han de reservar tiempo para el estudio.

Palabras clave: metodología jurídica; docencia e investigación en Derecho; realismo y pragmatismo jurídico; Derecho e inteligencia artificial.

Sumario: 1. El quehacer jurídico en tiempos de inteligencia artificial. 2. Los métodos del siglo XX: formalismo, realismo, constructivismo. 3. El enfoque pragmático de prevención y resolución de problemas (y satisfacción de necesidades). 4. Aplicaciones docentes: la *Anamnesis*. 5. Proyecciones investigadoras: el impacto científico en Derecho. 6. Coda sobre el estudio. 7. Bibliografía.

Abstract

AI will not replace jurists if we are able to adapt our approach with pragmatism and social orientation. A teaching and research methodology aimed at solving problems and meet needs will demonstrate the valuable capabilities of future legal professionals, who must always reserve time for study.

Keywords: Legal methodology; Legal teaching and research Law; legal realism and pragmatism; Artificial Intelligence.

1. EL QUEHACER JURÍDICO EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Un chiste malo bromea con el parecido entre los abogados y las bombas atómicas. Todo el mundo preferiría no necesitarlos, pero es mejor contar con su ayuda si es preciso. Al fin, las relaciones humanas dan lugar a conflictos, porque aún estamos a medio camino entre el simio que golpeaba huesos con una quijada y el ordenador Hall 9000, ambos personajes de la novela *2001: una odisea espacial*.

Arthur C. Clarke, el autor, fue un visionario cuando advirtió que cualquier tecnología lo suficientemente avanzada sería indistinguible de la magia; ya intuía que muchos propósitos considerados imposibles el siglo pasado se conseguirían gracias a científicos que decidieran ir más allá de lo que se creía factible¹. Cada año más problemas pueden resolverse gracias a los avances en I+D+i, aunque también se incrementen las amenazas. Así sucede con la inteligencia artificial, capaz de automatizar el trabajo de cientos de millones de personas, pero también de poner en riesgo la intimidad y la libertad humanas².

Estas visiones distópicas preocupan a parte de la sociedad, pero cada oficio y grupo se ve afectado de manera diferente por las técnicas informáticas. A los juristas nos repercuten, en forma concreta, con efectos sobre el diseño de las carreras de Derecho (los planes de estudio), la metodología docente y evaluadora, las competencias que deberíamos examinar y los contenidos de necesaria actualización para no devenir obsoletos en nuestra misión de servicio público³. Un ejemplo claro es ChatGPT, la aplicación preparada para elaborar textos sofisticados, cada vez más indistinguibles de los que podría redactar una persona, potencialmente útil para realizar (siquiera en borrador) trabajos encargados en las clases de las asignaturas, preparar la resolución de prácticas e informes jurídicos. ¿No lo creen? El experimento realizado por Choi y otros demostró que la máquina es capaz de superar exámenes de distintas materias, resultado que debe hacernos reflexionar sobre nuestros métodos de evaluación⁴.

La tendencia de las profesiones jurídicas será la utilización de este tipo de herramientas para la preparación de borradores de informes, demandas, sentencias, etc., toda vez que demuestran una notable capacidad de recopilación y sistematización de datos, doctrina, jurisprudencia, etc. ¿Significa entonces que los robots replazarán a los abogados? ¿Y también a los profesores de Universidad? Analistas pioneros se replantean el fin del oficio de abogado, al menos tal y como lo conocemos hasta

1. CLARCKE, Arthur C. 1962: *Profiles of the future*.
2. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2023a: *Derecho e inteligencia artificial: Cuatro estudios*. Chile: Olejnik.
3. SUSSKIND, R. 2023: *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to your future*. Oxford.
4. CHOI, Jonathan et al. 2022: «Chatgpt goes to Law School».

nuestros días⁵. Y la alternativa a los docentes es la creación de avatares para la docencia virtual, diseñados por empresas que ya ofrecen sus productos/servicios a los responsables educativos⁶.

Este órdago merece una respuesta a la altura del desafío. Una demostración de las auténticas competencias y las virtudes propias de los docentes universitarios y los profesionales jurídicos, capacidades irremplazables por las máquinas o los algoritmos. Hemos de desplegar toda una estrategia metodológica de valor humano añadido, volviendo a las raíces básicas, al origen del Derecho: es preciso cultivar la participación y el diálogo inteligente con los estudiantes, enseñar de forma agradable y demostrar a la sociedad la importancia y la necesidad de las instituciones jurídicas, su utilidad⁷.

Nuestro método debería mantener lo mejor del pasado, para proyectarse sobre el presente y el futuro.

2. LOS MÉTODOS DEL SIGLO XX: FORMALISMO, REALISMO, CONSTRUCTIVISMO

La ciencia del Derecho ha evolucionado a lo largo de la historia, desde Cicerón hasta Ulpiano, desde los glosadores a la pandectística, del realismo al constructivismo. Cada generación ha sido capaz de aportar su propio enfoque enriquecedor del análisis, adaptado a las circunstancias del tiempo y a las sociedades a las que ha de servir. Nosotros también hemos de hacerlo; de hecho, se suceden los intentos: a finales del siglo XX, los estudios jurídicos críticos; más cerca en el tiempo, el nuevo realismo. Ahora bien, ninguno de estos enfoques incorpora la cuestión de las nuevas tecnologías ni ofrece aproximaciones integrales. Además, en mi opinión, detrás de algunos discursos metodológicos hay demasiada carga ideológica.

Todos los métodos ensayados parecen parciales e incompletos. Cada uno de ellos se propone como alternativa a los anteriores, menospreciando la aportación precedente. El intento de desplazar la tradición sin reconocer su valor propicia resultados insuficientes. Por ejemplo, los estudios jurídicos críticos fueron a la dogmática clásica lo que para la modernidad representó la filosofía postmoderna, cuyo aporte relativista puso en peligro logros fundamentales del pensamiento liberal, necesarios hasta el día de hoy.

El eclecticismo me parece por ello una opción práctica adecuada. En este trabajo propugnaré una integración de varias aproximaciones metodológicas tras presentar las falencias de las principales. Ni la dogmática, ni el realismo, ni el constructivismo me

5. SUSSKIND, Richard. 1987: *The future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*. Clarendon Press.

6. SUSSKIND Richard (2010), *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*. Oxford.

7. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2018: *¿Para qué sirve el Derecho?* México: Porrúa.

parecen caminos perfectos para llegar a la solución de los problemas jurídicos. Cada uno de ellos presenta fortalezas y debilidades, difíciles de compensar sin la integración de diversos enfoques y la consiguiente versatilidad metodológica. La formación de los juristas y la investigación en Derecho, por tanto, debieran sumar todos estos puntos de vista para contribuir a resolver problemas, a satisfacer necesidades humanas y sociales.

2.1. *La metodología clásica*

Algunos de los métodos clásicos ya claramente no sirven. Al igual que otros campos han superado sus conclusiones de los siglos XIX y XX, no tendría ningún sentido seguir aplicando en el Derecho las herramientas de hace cien o doscientos años. El avance general de las ciencias sociales ha propiciado una superación de la clásica dogmática, enriquecida con la interdisciplinariedad y otros análisis complementarios⁸.

Estos progresos no implican ni un abandono pleno ni el menosprecio de la tradición doctrinal, que sigue utilizándose para la aproximación a los tópicos disciplinares. Todavía hoy encontramos libros y artículos cuyo contenido se circunscribe a la exposición de las leyes, la relación de jurisprudencia y las citas doctrinales sobre los conceptos analizados. Algunos textos no ofrecen apenas análisis crítico ni propuestas de adaptación a necesidades sociales, carecen de un contraste de ventajas o desventajas de cada solución desde un punto de vista práctico.

Por supuesto, aunque el método clásico no es suficiente, sí es necesario. Todo experto en Derecho administrativo debe aprender el significado del principio de legalidad/juridicidad, la teoría del acto, el órgano, las potestades, los reglamentos, el estatuto de los funcionarios, los presupuestos de la responsabilidad o el procedimiento, herramientas útiles por su desarrollo dogmático. Sin estos conceptos no podría estudiarse ni aplicarse nuestra ciencia tal y como la entendemos. Aunque se trate de *constructos*, o precisamente por ser tales, nos permiten comprender realidades, hacerlas inteligibles y gestionables en las relaciones sociales (entre el poder público y los intereses privados, normalmente). Los tópicos jurídicos, en tanto lugares comunes para la argumentación, son imprescindibles, aunque su razón de ser no sea directamente la resolución de problemas o la atención de necesidades.

No son pocos los trabajos que aún mantienen una orientación predominantemente dogmática en España. Hoy, el recurso a la sociología o la ciencia política escasea entre las fuentes bibliográficas, fiel reflejo del insumo nutritivo de las perspectivas jurídicas. Las relaciones de referencias incluidas en la bibliografía se componen en un

8. Un hito en esta superación se produce cuando se crea la Escuela de Derecho de Chicago, en Estados Unidos, por contraposición en su plan de estudios a la clásica Facultad de Harvard, tal y como explica Frank L. ELLSWORTH (1973) en su libro *Law on the Midway. The Founding of the University of Chicago Law School*. University of Chicago.

muy elevado porcentaje por monografías y artículos de juristas, casi todos de la misma especialidad, así que a veces ni siquiera se consulta lo publicado en otros campos.

Otro indicador relevante desde mi punto de vista para considerar un trabajo dogmático y formalista es la ausencia de citas de casos o ejemplos concretos, con sus circunstancias. La omisión de la problemática real derivada de la aplicación de las normas, o de la realidad del funcionamiento de las instituciones, evidencia a mi juicio una minusvaloración de los hechos. Pensemos por ejemplo en las complejas proyecciones del principio de legalidad administrativa durante la pandemia, las medidas de control del COVID y la fuerza expresada por el principio de necesidad⁹.

Los hechos pueden desmentir la dogmática jurídica y forzar su reconsideración. La teoría de la nulidad de los reglamentos o los planes urbanísticos nos ofrecen ejemplos recientes de reconsideración teórica, por razones prácticas y a la vista de los resultados reales y la jurisprudencia. Pero esta rectificación dogmática no es muestra de cambio metodológico. El realismo va más allá de la corrección de los conceptos e incorpora un análisis de las consecuencias humanas, económicas y sociales de las teorías jurídicas, para interpelarlas cuando esas repercusiones se consideran indeseables.

2.2. *Realismo y nuevo realismo*

Una de las principales críticas al dogmatismo, pues, sería su relativa desconexión con la realidad. Las teorías clásicas han amparado y justificado discriminaciones e injusticias, situaciones sociales que han necesitado vías de solución alternativas al Derecho. Algunas sentencias de altas cortes y tribunales supremos o constitucionales, al esgrimir tópicos para rechazar progresos sociales, ofrecen ejemplos de esta negativa derivada de la dogmática.

El realismo jurídico estadounidense y el escandinavo reaccionaron ante esta situación, con propuestas alternativas, hace ya más de un siglo. HOLMES lo expresó en su voto particular en el caso *Lochner* (que anulaba la limitación de horarios de trabajo de los panaderos): «... las ideas generales no sirven para resolver casos concretos. La solución debe encontrarse mediante un juicio o una intuición bastante más sutiles que una deducción extraída de un principio muy general y abstracto». También HOLMES afirmó que «la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia».

Los realistas no se fían de las teorías generales. Así, Jerome FRANK se confesaba «constantemente escéptico en sus propias formulaciones». Y DEWEY requería «la infiltración en el derecho de una lógica más experimental y flexible». LLEWELYN o COHERN

9. ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. 2023: *2020, el año de la pandemia de COVID 19*. Madrid: lustel.

también proponían evitar la pura abstracción. Nos lo cuenta en su obra sobre los realistas el profesor SOLAR CAYÓN, aportando estudios sobre HOLMES y FRANK¹⁰.

Entre nosotros, un sabio recientemente fallecido —Alejandro NIETO— abogó en su muy recomendable *Introducción al Derecho* por el realismo jurídico, desde la convicción de que el jurista debe dejarse guiar por sus propios ojos, analizar las consecuencias prácticas de la aplicación de normas y no permitir que le deslumbren las vaguedades de principios que no se correspondan con los hechos¹¹.

El realismo jurídico ofrece múltiples expresiones¹². Hoy se confrontan un viejo y un nuevo realismo caracterizado por su actitud escéptica ante la capacidad de la ley para resolver problemas sociales. Este método es, pues, más crítico (tras el movimiento *Critical Legal Studies*) y práctico (a diferencia del viejo, que ponía demasiado énfasis en el papel de los tribunales). Los problemas del Derecho no se producen ni agotan en las decisiones de los jueces, sino que se encuentran en cada fenómeno social cotidiano¹³. Otra característica relevante sería la preocupación por el contexto de realización y cumplimiento de las normas, el interés por su efectividad¹⁴.

2.3. Constructivismo

Ackerman formuló una propuesta constructivista frente al realismo. Su principal aporte enfatiza la capacidad de adaptación a las necesidades y las circunstancias cambiantes, sin retorcer los dogmas o los principios¹⁵. El análisis de las reformas legales y sus implicaciones puede en muchos casos ubicarse dentro de esta tendencia constructivista, ponderando también sus implicaciones y resultados (consecuencialismo).

Una de las principales ventajas del constructivismo es su mayor neutralidad ideológica, frente a los autodenominados realistas y más aún en su confrontación con el llamado nuevo realismo. Y en esto difiere también del «constructivismo social», que aspira a transformar las sociedades mediante intervenciones (políticas públicas ejecutadas con herramientas normativas, económicas, publicitarias, educativas, etc.). El punto de partida proclive a este intervencionismo se distancia del constructivismo

10. SOLAR CAYÓN, José Ignacio. 2002: *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*. Madrid: Dykinson.

11. Nieto, Alejandro. 2019: *Una introducción al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

12. Los realistas norteamericanos, los escandinavos y los «nuevos realistas». Sobre el norteamericano, FISHER, William; HORWITZ, Morton y REED, Thomas. 1993: *American Legal Realism*. En España, HIERRO, Liborio. 2009: *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del Derecho*. Madrid: lustel.

13. MACALAY, Stewart. 2005: «The New versus the Old Legal Realism». *Wisconsin Law Review*. ERLANGER, Howard. 2005: «Is it Time for a New Legal Realism?». *Wisconsin Law Review*.

14. HIERRO, Liborio. 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.

15. Ackerman, Bruce. 1988: *Del realismo al constructivismo jurídico*. Barcelona: Ariel.

jurídico, que no plantea necesariamente el condicionamiento de las conductas humanas mediante las normas, pero sí estudia las implicaciones de su aplicación.

Las investigaciones jurídicas en España apenas practican el consecuencialismo empírico. El análisis económico del Derecho no se utiliza, pero sí encontramos estudios que se pronuncian a favor o en contra de soluciones concretas o principios desde un previo análisis de sus efectos en la realidad o la afección de valores o intereses. El análisis de las consecuencias debería diferenciar las de corto, medio y largo plazo, así como los cambios de conducta que determinadas decisiones pueden propiciar, a pesar de que en un mero análisis coste-beneficio pudieran parecer ineficientes. La utilidad del Derecho en la transformación progresiva de los perfiles humanos de conducta tampoco debería desatenderse¹⁶.

3. EL ENFOQUE PRAGMÁTICO DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS (Y SATISFACCIÓN DE NECESIDADES)

El debate sobre el método no se reduce a una cuestión científica, erudita o universitaria. Por supuesto el operador del día a día en la aplicación de las normas (funcionarios, jueces, policías, abogados) no se plantea en cada situación si actúa con un criterio formalista, dogmático, realista o inspirado por la filosofía de los estudios jurídicos críticos. Tal detenimiento en el marco de pensamiento sería incompatible con la propensión humana a utilizar atajos mentales en los procesos de toma de decisiones (heurística), lo que no propicia un condicionamiento marcado por prejuicios inconscientes.

Pues bien, las metodologías comparten con la heurística su contribución sistematizadora y ampliadora de la capacidad de análisis; así mismo, su orientación en una línea u otra, en la búsqueda de la coherencia formal o la protección de intereses prioritarios. La opción puede ser conservadora o progresista, en el sentido de mantener un *statu quo* (efecto catecónico) o favorecer la superación del mismo, pero de uno u otro modo facilita la consecución de los objetivos inherentes a la comprensión del Derecho del aplicador.

Por supuesto, todo operador jurídico debe orientar su acción hacia la resolución de problemas, pero las sociedades también demandan su prevención. Hace ya casi treinta años, el decano Paul BREST puso énfasis en este propósito, lo señaló como la orientación debida de las facultades de Derecho, así que deberíamos atender su recomendación hoy más que nunca, cuando el papel de todos los profesionales se cuestionará por los desarrollos de la inteligencia artificial. Los abogados —en el sentido amplio de esta expresión, sinécdoque de juristas y profesionales del Derecho— debemos

16. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2018: *¿Para qué sirve el Derecho?* México: Porrúa.

ganarnos el respeto de todas las personas demostrando que contribuimos a la paz social y la convivencia¹⁷.

Estos enfoques se utilizan en las facultades de Derecho de los Estados Unidos hace décadas, recurriendo a metodologías pragmáticas exaptadas de otros ámbitos: análisis de 360 grados, utilización de grupos de control, empleo de indicadores o simulación de procesos con todos los intereses concernidos. También en España un porcentaje considerable de los operadores ponderan las consecuencias reales en cada una de sus decisiones, más allá de la mera aplicación de la ley, pero a menudo se omite la explicación de esta razón de ser en el quehacer jurídico al exponer los contenidos de las asignaturas¹⁸.

Por ello, hemos de reparar en nuestra metodología para enseñar las disciplinas jurídicas.

4. APLICACIONES DOCENTES: LA ANAMNESIS

La enseñanza del Derecho es un arte cultivado hace más de mil años. Bolonia fue la primera Universidad de Occidente creada con la prioridad de formar juristas. Salamanca hereda esta tradición y la proyecta en España e Iberoamérica de un modo que pervive en Perú, México, Argentina o Colombia. Miles de abogados y jueces se han educado en esta Escuela clásica, cuya contribución debe sin duda ser reconocida.

A nuestro alcance está, sin embargo, actualizar la *traditio* y ofrecer a los aspirantes a juristas el ejemplo y la disciplina necesarios, adaptarnos a las circunstancias concurrentes en nuestro tiempo, con perfiles humanos y cognitivos afectados por la circulación masiva de información, la atención dispersa e innovaciones que afectan a las tareas de enseñar y examinar.

El mero análisis de los textos legales y su comentario o el repaso de sentencias no es una metodología completa para ofrecer las distintas alternativas en la resolución de casos. La exposición de los hechos de una situación, en cambio, permite plantear los problemas y las diversas opciones con sus implicaciones y potenciales consecuencias desde el principio.

El aprendizaje basado en problemas puede utilizar la *anamnesis* médica como metodología exaptable: preguntar los antecedentes y pronosticar las posibles consecuencias de cada decisión. Es el enfoque que adoptan SINGER y RAKOFF para las facultades de Derecho de Estados Unidos, citando a HIPÓCRATES y comenzando por

17. BREST, Paul. 1995: «The Responsibility of Law Schools: Educating Lawyers as Counselors and Problem Solvers». *Law & Contemporary Problems*, 1995, 58: 5-17.

18. FERNANDO PABLO, Marcos. 2014: «El aprendizaje basado en problemas: una metodología eficaz aplicada a la docencia jurídico-administrativa». En *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. Granada.

el principio de no dañar (*First, Do no Harm*) e intentar hacer bien, esto es, proteger los intereses en una visión de largo plazo. Este enfoque es adecuado, a mi modo de ver, porque explica en términos de valores qué significa resolver controversias sin crear otras nuevas quizás peores.

Un buen ejemplo de referencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca nos lo ofrece la Clínica Jurídica de Acción Social, cuya reciente obra sobre entrevistas a personas afectadas por contrariedades acierta a mi modo de ver plenamente en el enfoque y la metodología¹⁹. La aportación de este trabajo no podría ser realizada por una inteligencia artificial. Si el jurista del futuro tiene que aportar un valor distinto al de las aplicaciones, la empatía es la clave diferencial entre la persona y la máquina.

A mi juicio, además, estos planteamientos docentes habrían de proyectarse también sobre los modos de evaluación, descartando por completo la respuesta a preguntas estandarizadas de temario (unidades), pues es un modo demasiado simple de acreditar conocimientos, aunque presente la ventaja de la mayor previsibilidad y facilite la preparación de las pruebas.

Estos métodos, que servían hasta ahora, devienen obsoletos cuando pensamos en las capacidades distintas que el profesional del Derecho habrá de acreditar para generar valor en las organizaciones. Los exámenes basados en la resolución de problemas, sumando la teoría y la práctica, pueden ser en adelante la metodología apropiada, mejor aún si se plantean en formato oral y se incentiva la reflexión crítica de los estudiantes y su orientación a la propuesta de soluciones plausibles.

Todo alumno de una Facultad de Derecho hoy debería comprender que conocer las leyes y las sentencias no es suficiente para superar a las máquinas.

5. PROYECCIONES INVESTIGADORAS: EL IMPACTO CIENTÍFICO EN DERECHO

Cometeríamos un error si pensáramos que las implicaciones de la inteligencia artificial se agotan en la docencia para la formación de los juristas del mañana. También deben advertirse los riesgos y las oportunidades que comporta esta tecnología sobre la medición cuantitativa y cualitativa de los resultados de investigación. La manipulación de *bots* y otros fraudes para incrementar artificialmente el impacto ha dado lugar a varios escándalos en el mundo científico, aunque de momento no tantos en el área jurídica.

19. DURÁN AYAGO, Antonia; DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria; DÍAZ CORTÉS, Mariola; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; GONZÁLEZ LEÓN, Carmen; SANTOS PÉREZ, María Lourdes y TORIJANO PÉREZ, Eugenia. 2023: *Relatos de vida con nombre propio: proceso de escucha activa para transformar la realidad desde el Derecho*. Ediciones Universidad de Salamanca.

La importancia de la calidad de los trabajos, no sólo las revistas en las que se publican, ha sido resaltada como criterio de evaluación por la Declaración de San Francisco sobre investigación (2012), que expone las deficiencias del factor de impacto: distribuciones de citas dentro de las revistas muy sesgadas; falta de atención a la diversidad en los distintos campos; posibilidad de manipulación por la política editorial; falta de transparencia y de apertura al público al ser creados y gestionados por editoriales privadas.

Para superar estos sesgos, se plantean varias recomendaciones: necesidad de eliminar las métricas basadas en revistas (factor de impacto); evaluar la investigación por sus propios méritos; capitalizar las oportunidades que ofrecen las publicaciones en línea. Estas propuestas de sustitución de lo cuantitativo por lo cualitativo van dirigidas a las agencias de financiación y evaluación, las instituciones, las editoriales, las organizaciones que proporcionan las métricas y los investigadores.

Tales ideas han sido asumidas por la Sentencia del Tribunal Supremo 986/2018:

Los indicios de calidad derivados del medio de publicación de las aportaciones determinan una presunción de calidad, pero eso no significa que la evaluación deba ceñirse a examinar las características del medio. Y la publicación de un trabajo en un medio sin los requisitos... no comporta que deba ser infravalorado o descartado como mérito pues, aunque no venga respaldado por una presunción de calidad, no puede ser rechazado por esa sola razón.

Esta sentencia condiciona el modo de llevar a cabo las evaluaciones en las comisiones de la CNEAI para la concesión o no de los sexenios de investigación. Así, para calificar las aportaciones, dice el Tribunal Supremo: «Dependerá de su *contenido* la evaluación que merezcan. Y a ello han de referirse el comité de expertos o los especialistas en los informes que emitan al respecto y en los que se fundamenta la decisión de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora».

Así pues, las fuentes de medición de Scopus o JCR (*Journal Citation Reports*), el índice h o el h10 no son la primera ni la última forma de calificar una trayectoria investigadora. El verdadero criterio habría de ser, en línea con lo propuesto anteriormente, su contribución a prevenir y resolver problemas y necesidades sociales.

Buena parte del error en la tendencia actual de medición se debe a la aplicación de criterios pensados para la Física o la Biomedicina al Derecho y otras ciencias humanas y sociales, áreas en las que el modo de trabajar es diferente en su metodología, tiempos y resultados. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha expuesto muchas de las desviaciones que esta metodología de evaluación puede provocar: desincentivo de trabajos individuales; priorización del corto/medio plazo sobre el largo recorrido; penalización del foco sostenido sobre un tema; perjuicio a la publicación de resultados completos al preferir la oportunidad de dividir en varios artículos lo que podría ser una monografía²⁰.

20. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. 2020: «¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.

Lo expresa en detalle:

... esos indicadores descansan sobre datos que arrojan revistas que se publican en inglés y no consideran las monografías y capítulos de libro; vías de comunicación de los resultados de la investigación habituales en humanidades... Los datos relativos al número de citas suelen premiar a los temas de moda y a los autores prestigiosos y consagrados, de forma que salen perdiendo relativamente los autores jóvenes y la investigación alternativa (no convencional) o la especializada frente a la general.

Diez años después de la Declaración de San Francisco, sus efectos transformadores de los métodos de evaluación han sido limitados. Las métricas cuantitativas mantienen un peso considerable en los rankings institucionales. Algún énfasis adicional en los aspectos de calidad de la investigación se abre paso, pero parece muy difícil cambiar la cultura de índices de impacto. La literatura predominante sobre productividad investigadora no diferencia por áreas de conocimientos en las prioridades y la motivación²¹.

Investigadores del mundo del Derecho han planteado formas alternativas para medir la investigación jurídica y la calidad de la oferta docente. Un ejemplo lo ofrecen las listas que elabora Brian LEITER en los Estados Unidos sobre las Facultades de Derecho, los autores y los artículos más citados e influyentes en la investigación jurídica. También el ranking internacional QS y otros ofrecen posiciones por materias, incluyendo ya el Derecho.

Diversas iniciativas intentan ofrecer métricas fiables sobre investigación jurídica en español. Así, DIALNET²², la red creada desde la Universidad de La Rioja, está permitiendo una mayor visibilidad de las aportaciones y facilitando el trabajo de los grupos de investigación. También son avances la propuesta sobre revistas jurídicas de los decanos de Facultades de Derecho y las clasificaciones de revistas de la FECYT. Los portales de producción científica cada vez resultan más útiles para acceder a las fuentes, descargar documentos en abierto y conocer quién ha publicado sobre cada temática.

Ahora bien, aunque todas estas herramientas ayudan a objetivar la evaluación de la investigación jurídica en el momento de resolver sexenios, proyectos o acreditaciones, su sesgo cuantitativo produce el mismo efecto antes criticado: publicar muchos artículos y conseguir más citas se ha convertido en el principal propósito. El efecto sobre la comunidad académica parece lo único importante, no siendo relevante la solución de problemas o la atención de necesidades. Ser citado no comporta lograr que las propias propuestas se traduzcan en cambios legislativos con efectos sociales o económicos positivos. ¿Quién y cómo puede alcanzar tales resultados?

Los responsables del sistema universitario son conscientes de esta desviación. Quizás por ello el nuevo Real Decreto de acreditaciones y concursos utiliza la expresión

21. REED, Mark S. 2017: *The productive researcher*.

22. CALDERÓN, Andoni. 2022: «Qué relevancia tiene Dialnet métricas en las Ciencias Sociales y las Humanidades».

«calidad e impacto científico y social» en su anexo sobre «evaluación de méritos y competencias». Esta fórmula debe ser bien interpretada y aplicada para poder cumplir los fines de la investigación y demostrar a la sociedad que la inversión en ciencia es una idea acertada. En concreto, se señala que «en el currículo breve se destacará un número reducido de contribuciones con una explicación breve sobre cualidad e impacto científico y social, sustentada en los indicadores que el candidato o candidata desee aportar».

La calidad, que no la cantidad, se priman en esta valoración, pues. En concreto, deben escogerse aquellos resultados de los que se pueda subrayar una contribución al conocimiento o a la transformación social relevante. Y explicar en qué consiste tal avance, esto es, sus consecuencias sobre el campo científico o la capacidad transformadora de la realidad de los hallazgos.

El número de citas, al fin, no puede ser el único indicador relevante. Las métricas alternativas —movimiento *Altmetrics*— ya son consideradas en muchos ámbitos de evaluación. Pero los resultados deben ser explicables con hechos, no con peticiones de principio sobre su importancia o alcance. Si una propuesta doctrinal ha influido en una sentencia o inspirado una reforma normativa, deben señalarse las causalidades (no las casualidades) y nexos entre la primera y la segunda.

La tiranía de las métricas cuantitativas no debería arrumbar la investigación de calidad, que requiere tiempo. La reciente reivindicación del método lento intenta compensar la celeridad extrema de nuestro tiempo²³. Los resultados cuantitativos también deberían tenerse en cuenta, midiendo el impacto en el largo plazo de las aportaciones: ¿en qué medida un artículo o una monografía ha propiciado la prevención o la resolución de un problema jurídico?

Los indicadores de calidad de la investigación jurídica son diversos y difíciles de cuantificar: influencia de un autor en un cambio de jurisprudencia; participación en un borrador de anteproyecto de ley; presencia en medios de comunicación social para crear opinión sobre cuestiones controvertidas en torno a los derechos o la defensa de las libertades mediante pronunciamientos públicos; autoridad fijando posiciones sobre temas controvertidos de interés público. Todos estos hechos deberían ser atendidos para corregir los sesgos cuantitativos y propiciar la verdadera libertad de la investigación²⁴.

Al fin, como ha dicho Manuel ATIENZA, uno de los juristas españoles con más impacto científico, *podemos hacer más*, pero para ello hemos de estar dispuestos a repensar el Derecho; su docencia; la creación de saber; las transferencias de resultados a instituciones públicas, empresas privadas y organizaciones del tercer sector, y, desde la Universidad, nuestra contribución al desarrollo de sociedades más equitativas

23. BERG, Maggie y SEEBER, Barbara K. 2016: *The Slow Professor: Challenging the Culture of Speed in the Academia*.

24. DARNACULLETA, Mercè. 2018: «Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general». En *Organización de la Universidad y la ciencia*. AEPDA.

donde todas las personas puedan desplegar sus capacidades en igualdad real de oportunidades²⁵.

Este es también el papel de la Universidad, siempre lo ha sido a partir de un origen como centro de producción de conocimiento²⁶.

6. CODA SOBRE EL ESTUDIO

Esta aportación explica el sentido actual de nuestras funciones docentes e investigadoras, pero conviene añadir que la labor del jurista universitario no se agota en tales tareas. Ambas requieren una rutina de estudio, la disciplina imprescindible de puesta al día de los propios conocimientos, la actualización de la literatura y las fuentes, que no es propiamente investigación, ni enseñanza, sino la labor de consultar día a día los boletines, revistas y repertorios jurisprudenciales para evitar la obsolescencia de los propios conocimientos, uno de los peores riesgos en los que puede incurrir el profesor ajeno al ejercicio práctico.

Una labor tan constante y sobrentendida podría pasarse por alto, pero resulta fundamental para mantener las capacidades de cualquier profesional, más aún las del formador. Nuestra sociedad del conocimiento exige un esfuerzo continuado de seguimiento de los progresos disciplinares, unidos además a la atención que debe prestarse a otras ciencias auxiliares o complementarias. La ignorancia de los avances en la economía, la sociología, la ciencia política y de la administración u otras ciencias de la conducta (antropología, psicología) puede dejar al docente e investigador fuera de juego, sustentando teorías directamente superadas por el estado del saber en las ciencias sociales.

Para evitar este indeseable resultado, el jurista que aspire a serlo plenamente ha de cultivar hábitos de estudio diario y curiosidad intelectual. El desconocimiento de la literatura básica y más reciente sobre la línea de investigación es uno de los fallos que no debe permitirse quien se pronuncia sobre un tema. Las fuentes han de ser consideradas completas, presupuesto que requiere el mantenimiento del saber en el *estado de la ciencia*. Ese interés por continuar al tanto de la disciplina marca en gran medida la diferencia.

Quienes recibimos el encargo de formar a las futuras generaciones de abogados, jueces o funcionarios hemos de asumir nuestro cometido conscientes y responsables. El porvenir de la sociedad dependerá en buena medida de la calidad de las leyes aprobadas y de su interpretación y aplicación por parte del aparato del Estado, personificado en funcionarios y jueces educados en Facultades de Derecho, donde han

25. ATIENZA, Manuel. 2013: *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

26. RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2020: *El futuro de la Universidad*. Salamanca.

de aprender a pensar críticamente, a razonar y argumentar para convencer, salvo que renunciemos a nuestro papel y lo deleguemos en los algoritmos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce. 1988: *Del realismo al constructivismo jurídico*. Barcelona: Ariel.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. 2023: *2020, el año de la pandemia de COVID 19*. Madrid: lustel.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina. 2023: *Régimen jurídico de la despoblación en España. Reforma territorial, transformación digital y valorización del patrimonio natural y cultural*. Aranzadi.
- ATIENZA, Manuel. 2013: *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BERG, Maggie y SEEBER, Barbara K. 2016: *The Slow Professor: Challenging the Culture of Speed in the Academia*.
- BREST, Paul. 1995: «The Responsibility of Law Schools: Educating Lawyers as Counselors and Problem Solvers». *Law & Contemporary Problems*, 1995, 58: 5-17.
- CALDERÓN REHECHO, Andoni. 2022: «Qué relevancia tiene Dialnet métricas en las Ciencias Sociales y las Humanidades».
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio. 2023: *Derecho de propiedad. Expectativas y especulación. Reglas de racionalidad jurídica (y técnico-económica) en los criterios de valoración urbanística*. Aranzadi.
- CHOI, Jonathan *et al.* 2022: «Chatgpt goes to Law School».
- CLARKE, Arthur C. 1962: *Profiles of the future*.
- DARNACULLETA, Mercè. 2018: «Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general». En *Organización de la Universidad y la ciencia*. AEPDA.
- DURÁN AYAGO, Antonia; DEL ÁLAMO GÓMEZ, Nuria; DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio; GONZÁLEZ LEÓN, Carmen; SANTOS PÉRE, María Lourdes y TORIJANO PÉREZ, Eugenia. 2023: *Relatos de vida con nombre propio: proceso de escucha activa para transformar la realidad desde el Derecho*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- ELLSWORTH, Frank L. 1973: *Law on the Midway. The Founding of the University of Chicago Law School*. University of Chicago Press.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIO, José María. 2023: *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre las infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. La Ley.
- FERNANDO PABLO, Marcos. 2014: «El aprendizaje basado en problemas: una metodología eficaz aplicada a la docencia jurídico-administrativa». En *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. Granada.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel. 2022: *El principio de no regresión en el Derecho público*. Aranzadi.
- IGLESIAS, Juan. 2005: *Derecho Romano*. Prólogo de José Antonio Marina. Sello Editorial.
- LINS DE LESSA CARVALHO, Fábio. 2023: «The Age of the Primacy of Reality in Brazilian Administrative Law: The Role of consequentialism and Contextualism», *Ars Iuris Salmanticensis*, 2023, 11(1).

- NIETO, Alejandro. 2019: *Una introducción al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REED, Mark S. 2017: *The productive researcher*.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2012: *¿Para qué sirve el Derecho?* México: Porrúa.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2020: *El futuro de la Universidad*. Salamanca.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2023a: *Derecho e inteligencia artificial: Cuatro estudios*. Olejnik.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2023b: «¿Pueden los robots remplazar a los funcionarios?». *Derecho Digital e Innovación*, 2023b, 16.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.). 2023c: *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica del Sistema Universitario español*. Aranzadi.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. 2020: «¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2020, 1.
- SINGER, Joseph William y RAKOFF, Todd. «Problem solving for first-year Law Students».
- SOLAR CAYÓN, José Ignacio. 2002: *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*. Madrid: Dykinson.
- SUSSKIND, Richard. 1987: *The future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*. Clarendon Press.
- SUSSKIND, Richard. 2010: *The End of Lawyers? Rethinking the nature of legal services*. Oxford.
- SUSSKIND, Richard. 2023: *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to your Future*.

La venalidad de los títulos nobiliarios: el marquesado de Tojo, gobernación del Tucumán, s. XVIII

*The Venality of the Titles of Castile: The Marquisate of
Tojo, Governorate of Tucumán, s. XVIII*

Héctor Dante VILLENA RÍOS

Doctor investigador independiente

<https://orcid.org/0000-0002-9448-8013>

villena@usal.es

Recibido: 19/09/2023

Aceptado: 06/11/2023

Resumen

Durante el siglo XVIII se pusieron a la venta innumerables títulos de nobleza tanto en Castilla como en las Indias. La falta de liquidez en las arcas reales hizo que numerosos criollos adinerados compraran títulos y cargos y los que se hicieron con ellos fueron encomenderos, comerciantes y los dedicados a las explotaciones mineras. El caso que analizamos corresponde al criollo

Abstract

During the 18th century, innumerable titles of nobility were offered for sale in Castile and the Indies. The lack of liquidity in the royal coffers led many wealthy Creoles to buy titles and positions, and those who acquired them were encomenderos, merchants and those involved in mining. Juan José Fernández Campero, who acquired the title of Marquis of Tojo in 1708 for 15,000 pesos escudos of silver

Héctor Dante VILLENA RÍOS
La venalidad de los títulos nobiliarios: el marquesado
de Tojo, gobernación del Tucumán, s. XVIII

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 41-58
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

encomendero D. Juan José Fernández Campero, que adquirió el título de marqués de Tojo en 1708, por 15 000 pesos escudos de plata en la gobernación del Tucumán. No fue el único ni tampoco fue algo novedoso la mercantilización que hubo de estos títulos. Este tipo de ventas se venía ya realizando por la Administración indiana y aumentaron de manera significativa durante el reinado de Felipe V. Estuvieron a la venta toda clase de oficios, cargos militares, el de gobernador, altos cargos eclesiásticos y cargos judiciales. El que más cautivaba a los criollos adinerados era adquirir el título de Castilla, de este modo pasaban a formar parte de una incipiente nobleza criolla. Debido a su condición de criollos debían presentar diversos documentos acreditativos de los servicios prestados, la limpieza de sangre y justificantes de su patrimonio. Los que gestionaban estos trámites fueron intermediarios que a cambio de dinero los tramitaban en la región.

Palabras clave: títulos nobiliarios; marquesado de Tojo; compraventa; Tucumán; siglo XVIII.

in the governorate of Tucumán. He was not the only one, nor was the commercialisation of these titles a novelty. This type of sale had already been carried out by the Indian administration, and increased significantly during the reign of Philip V. All kinds of titles were for sale. All kinds of offices were for sale, including military posts, governorships, high ecclesiastical and judicial posts. The one that most captivated the wealthy Creoles was to acquire the title of Castile, thus becoming part of an incipient Creole nobility. Because of their status as Creoles, they had to present various documents proving their services, their cleanliness of blood and proof of their patrimony. The people who handled these formalities were intermediaries who, in exchange for money, processed them in the region.

Keywords: titles of nobility; Marquisate of Tojo; trade; Tucumán; XVIII century.

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de venalidad. 3. El título nobiliario, méritos y patrimonio. 4. Los agentes e intermediarios en la tramitación de los expedientes. 5. Los pagos por los títulos de nobleza. 6. La compra del marquesado de Tojo. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La compra y venta de títulos nobiliarios ha sido objeto de varios trabajos que analizan en profundidad el tema. No obstante, en la historiografía americana se ha obviado la compra del título de marqués en 1708 por D. Juan José Campero Herrera, y que dio nombre al marquesado de Tojo.

En España el tema sobre la venalidad de títulos nobiliarios ha sido abordado ampliamente por profesores, investigadores y doctores de varias universidades. Acerca del marquesado del Tojo destacamos los realizados por dos profesores de la Universidad de Almería, el Dr. Francisco ANDÚJAR CASTILLO, con su obra *Necesidad* y

venalidad. *España e Indias, 1704-1711*¹, y la Dra. María del Mar FELICES DE LA FUENTE, con *La nueva nobleza titulada de España y América en el siglo XVIII*². Ambos aportan material suficiente para desmenuzar este espinoso tema.

Esta práctica corrupta en las Indias se extendió rápidamente, sin embargo, pocos trabajos han profundizado sobre el tema de la corrupción por la conformación de la propia sociedad criolla. Asimismo, no fue el único título de Castilla vendido, fueron varios los títulos y cargos que se pusieron a la venta en la gobernación del Tucumán comprados y guardados bajo la opacidad más estricta, debido al recelo que despertaba su pago.

En el siglo XVIII los acaudalados criollos suplían con dinero los méritos y los servicios prestados al rey, los cuales quedaban al margen en el procedimiento de adquisición. Solo unos pocos cumplieron con las condiciones exigidas para obtener un título.

Una vez conseguido el cargo o título, pasaban a formar parte de la élite de la sociedad criolla, que, como era de suponer, carecía de una raigambre nobiliaria y de un trato equivalente al de Castilla. El ámbito de influencia que tenía el título solo era visible en su jurisdicción.

El título en sí estuvo vigente aproximadamente una centuria debido al proceso independentista que emerge en todo el continente americano. El gobierno de la llamada Primera Junta, nacida el 25 de mayo de 1810, y los gobiernos posteriores, en un afán de cambio de la situación, suprimieron en todo el territorio los títulos de nobleza y las encomiendas en 1813. El 9 de julio de 1816 fue declarada la independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata en el Congreso de Tucumán. Y, más adelante, la Constitución de 1853 revalidaba la derogación de estos títulos, los cuales carecieron de todo valor jurídico para el nuevo Estado. Por lo que las encomiendas y los títulos nobiliarios quedaron anulados y todas las prerrogativas regias otorgadas por la Corona de Castilla.

El presente trabajo no pretende cerrar el tema, solo quiere ser una contribución que despierte el interés de investigadores y doctorandos para seguir ampliando el conocimiento de este tema. Se pretende que el debate tienda a ser más amplio y abarque otros títulos, cargos y gobernaciones vendidos en la gobernación del Tucumán, poco tratados y adquiridos no por los méritos o sus servicios al rey, sino que fueron comprados en metálico. Considero que es necesario abrir este debate sobre la venta de títulos de Castilla vendidos en la región y por ello presentamos este trabajo para clarificar los asuntos importantes del tema y analizarlos fríamente y que su adquisición estaba asentada en la compra de títulos. Solo bastaba para hacerse con ellos teniendo una importante masa dineraria.

1. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. 2008: *Necesidad y venalidad. España e Indias, 1704-1711*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Sociales.

2. FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2012: *La nueva nobleza titulada de España y América en el siglo XVIII (1701-1746). Entre el mérito y la venalidad*. Almería: Ed. Universidad de Almería.

2. EL CONCEPTO DE VENALIDAD

¿Qué se entiende por venalidad? En primer lugar, nos referimos a su concepto dado por la RAE³. Lejos de su segunda acepción, la Corona de Castilla fue muy consciente de sus necesidades económicas. El aumento en las ventas de títulos nobiliarios y cargos respondía a unas necesidades concretas, la falta de dinero en las arcas y en la Hacienda regia después de una costosa guerra de sucesión. Asistimos así a una relajación en cuanto a las exigencias de requisitos en beneficio de la necesidad recaudatoria de la Hacienda real. El sistema de provisión por el mérito del dinero se extendió a toda la Administración colonial sin que en él participara el Consejo de Indias. Estas prácticas utilizadas por Carlos II en 1691 se revisaron y se redujo la composición del tribunal concedente, así como su personal subalterno, y pasó a estar integrado por un presidente —también llamado gobernador—, ocho consejeros togados, dos de capa y espada, un fiscal y dos secretarios, además del gran canciller⁴.

En el siglo XVIII el rey Felipe V efectuó diversos cambios con la idea de fortalecer el Estado. Sus principales líneas de actuación se concretaron en la reorganización del aparato estatal, el intervencionismo en el terreno económico y el reforzamiento del regalismo en materia eclesiástica. Aparecieron nuevos órganos de gobierno, las llamadas Secretarías de Estado y del Despacho, convirtiendo el sistema de gobierno polisinodial, basado en Consejos y Juntas, en un nuevo sistema ministerial con cinco áreas (Estado, Guerra, Marina e Indias, Justicia y Hacienda).

Los nuevos cambios afectaron de manera directa al Consejo de Indias y a otros órganos competentes en los asuntos de ultramar, que se vieron yuxtapuestos por las nuevas secretarías, las cuales tenían por objeto centralizar toda la Administración y de este modo enmendar el viejo problema que había en las Indias.

Con el objeto de conseguir recursos económicos e ingresos que intentaran paliar de algún modo la precaria situación, se aumentó la oferta de cargos y títulos de Castilla. Para que el flujo de ingresos aumentase, se intentó prescindir de la Cámara de Indias, que ejercía un control respecto de los dominios de Indias de la misma manera que lo hacía la Cámara de Castilla respecto de la Península. Sus miembros continuaron prestando servicios al rey y respondiendo a las consultas que se le hacían sobre la provisión de cargos, de mercedes y beneficios relacionados con Indias.

El Consejo de Indias era, en principio, el único órgano competente para administrar los ingresos indianos, sin embargo, sufrió una reorganización en sus funciones por medio de un real decreto⁵.

El nombramiento de los principales cargos era una prerrogativa regia delegada en el Consejo de Indias y en el Consejo de la Cámara de Indias. Este último era el órgano

3. RAE. (Real Academia de la Lengua): Vendible o expuesto a la venta.

4. BURGOS LEJONAGOITIA, Guillermo. 2014: *Gobernar las Indias. Venalidad y méritos en la provisión de cargos americanos, 1701-1746*. Almería: ed. Universidad de Almería, 77 y ss.

5. *Ibidem*, 88 y ss.

encargado de presentar al rey los candidatos para ejercer los cargos civiles y eclesiásticos y, además, era el autorizado para aconsejar sobre las mercedes y gracias. Estaba compuesto por un presidente y tres consejeros de Indias dedicados exclusivamente a los asuntos de la provisión de cargos y de beneficios indianos.

El beneficio fue manejado para otorgar un cargo público de la Administración a cambio de una determinada cantidad de dinero⁶. En las Indias esta práctica abarcó todo tipo de cargos, desde los municipales hasta cargos militares pasando por el cabildo y la Administración de justicia⁷. Algunos autores opinan que el beneficio era aplicable solo a los altos cargos: magistrados, gobernadores, alcaldes mayores y corregimientos, puesto que eran nombrados por el rey. Pero estos nombramientos fueron objeto de especulación, ya que fueron adjudicados a terceros, quedando bajo la sospecha de que se habían cometido anomalías con esta compraventa. En opinión del profesor SÁENZ TAPIA el beneficio «conlleva potestad judicial, de modo que la transacción se justifica como un servicio económico al Rey»⁸. Los oficios en el área de Justicia no se otorgaban en propiedad, eran temporales, y su duración oscilaba desde los 3 y 5 años, que en algunos casos llegaban a los 8 años. Mientras que los cargos de los gobernadores duraban 4 años y se prorrogaban hasta la llegada del nombrado por el rey. También hubo algunos cargos que fueron de carácter indefinido y fueron las magistraturas de las Audiencias que estaban bajo la exclusividad de la prerrogativa regia⁹.

Lo que se entiende como la venta de títulos fue un contrato entre la Corona y un particular, por medio del cual el adquirente de dicho título depositaba una cantidad de dinero y a cambio se le otorgaba un título de carácter patrimonial, con derechos de propiedad y alienable. Estos fueron llamados oficios sin ejercicio de justicia, utilizados frecuentemente en los oficios menores; cargos concejiles y los notariales, los cuales fueron vendidos a perpetuidad y que además fueron transmisibles y obligados a la confirmación regia¹⁰.

Este tipo de transacciones generaba malestar y desconcierto entre los consejeros del Consejo de Indias y de la Cámara de Indias por ser una práctica corrupta. Opinaban que había súbditos indianos, los indios, con méritos suficientes y válidos los cuales no fueron nombrados. Por otra parte, los oficiales de la Hacienda real debían mostrarse conformes con estas prácticas. Las necesidades económicas de la Corona justificaron este proceder, que, como hemos señalado, se venía realizando de manera continuada desde el siglo XVII.

Algunos miembros del Consejo se opusieron de manera expresa por el modo en que se concedían los títulos de hidalguía. En concreto, el fiscal del Consejo don José

6. MARURI VILLANUEVA, Ramón. 2009: «Poder con poder se paga: Venta de títulos nobiliarios beneficiados en Indias (1681-1821)». *Revista de Indias*, 2009, 59(246): 210 y ss.

7. *Ibidem*, SANZ TAPIA: 52 y ss.

8. *Ibidem*, 53.

9. *Ibidem*, 53.

10. *Ibidem*, 54.

de Cistúe presentó las obligaciones que debían cumplir los interesados y se resumían de la manera siguiente:

Si el pretendiente es hijodalgo de sangre o de privilegio, presentado el ejecutorial que tuviere de las Audiencias o Chancillerías de España, o si fuere de privilegio, el original que se le hubiese concedido, pasado por el expresado mi Consejo; si está casado, qué enlace de familia tienen, así el pretendiente como su mujer; qué servicios han hecho el pretendiente, sus antepasados y los colaterales de la propia línea a la Real Corona y al público; en qué empleos, puestos y ocasiones; qué mayorazgos, bienes y rentas goza por sí y su mujer y en qué parte y lugares están¹¹.

Estas restricciones fueron transmitidas a las Indias para impedir la formación de una nobleza activa y alejada de Castilla, que pudiera emerger en torno a la propiedad de la tierra y, de este modo, impedir que los cargos públicos movidos por sus intereses personales se volvieran contra la Corona. Como es sabido, este presagio se constató en la sublevación por parte de los criollos terratenientes y encomenderos en el Perú una vez dictadas las Leyes Nuevas 1542-43. A principios del siglo XIX en la región del llamado Alto Perú el marqués de Tojo apoyó los principios de los criollos independentistas americanos. El marqués ayudó al proceso revolucionario que se abrió en la región, pero sin perder sus privilegios, al menos eso es lo que se desprende la actitud de sus herederos en seguir manteniendo su estatus en la nueva nación emergente, así como sus posesiones, privilegios y distinciones que les habían sido concedidos por el rey.

3. EL TÍTULO NOBILIARIO, MÉRITOS Y PATRIMONIO

Como hemos señalado los títulos de nobleza al inicio de la conquista fueron pocos y solo se otorgaron a los conquistadores y primeros pobladores¹².

Las condiciones para obtener un título de Castilla se concretaban en tres: acreditar los méritos y los servicios prestados, reunir las cualidades necesarias y la pertenencia a una familia de linaje reconocido. Cuando estas tres condiciones se cumplían se incluían en un llamado memorial que debía ser entregado a las autoridades de las Audiencias. Pero, además, el solicitante debía poseer y demostrar un importante patrimonio para el desempeño del título y el de su posterior mantenimiento¹³.

En un primer momento se eligieron personas destacadas y fruto de una selección previa que se hacía entre los candidatos se nombró a los que cumplían las condiciones

11. KONETZKE, Richard. 1951: «La formación de la nobleza en Indias». *Anuario de Estudios Americanos*, 1951, III(10): 336 y ss.

12. KONETZKE. «La formación...», *op. cit.*, 347.

13. SANZ TAPIA, Ángel. 2009: *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de gobiernos americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: CSIC, 45 y ss.

mencionadas. No obstante, esto más adelante cambia y se suprimen de algún modo y prevaleció el tener suficiente peculio, como un servicio más a cumplir por los candidatos¹⁴.

Todos los documentos entregados, como hemos señalado, debían presentarse en la Audiencia y esta los despachaba al Consejo de Indias. Esta elevaba una consulta previa al Consejo de la Cámara de Indias, la cual ordenaba a las autoridades locales y judiciales llevar a cabo averiguaciones para comprobar su autenticidad.

Los asuntos de gracia y merced estaban a cargo de la Cámara que, junto con el Patronato Real, tomaban sus decisiones en los nombramientos, pero quien tenía la última palabra era el rey¹⁵. En la Cámara de Indias se recibían las solicitudes de los peticionarios y en los expedientes se mostraban su linaje, méritos, rentas y los servicios prestados a la Corona, por él y por sus antepasados.

En el siglo XVIII los títulos de nobleza se concedían de dos maneras, por un lado, la llamada «directa» o monetaria y la otra conocida como «indirecta» o en especie. La falta de recursos financieros se intentó remediar de cierta manera con la captación de fondos en las Indias. La venta de cargos se fue ampliando dentro de la Administración indiana y abarcó a varios sectores. Todo el dinero recaudado por este concepto se contabilizaba sujetándolo a exhaustivos controles.

Además, había otro requisito por cumplir y era por la trascendencia que tenía el de la limpieza de sangre y que, añadido al expediente de los oficios ejercidos, tanto del interesado como el de sus ascendientes, fueron imprescindibles para la obtención del título. En caso de falta de aptitud de los solicitantes o de sus familias se solicitaba una dispensa regia. Estas dificultades que encontraban los peticionarios eran tramitadas por agentes especializados en la materia.

¿Cómo era el procedimiento para solicitar los títulos nobiliarios? Hemos adelantado una vez que dichas peticiones y recibidos los memoriales en los despachos reales. Los cuales se examinaban y pasaban al Consejo de la Cámara para su valoración. Los oficiales revisaban, cotejaban y probaban que todos los documentos recibidos estuvieran en perfecto orden. Los pliegos que más fueron examinados y comprobados fueron los procedentes de las Indias. Los criollos ansiosos por hacerse con estos títulos de Castilla agrandaban sus expedientes con tal de ser favorecidos.

Debemos decir también que hubo varios títulos formalizados por la vía de urgencia omitiéndose en ellos el informe previo del Consejo de la Cámara de Indias, por la necesidad de recaudar¹⁶.

14. *Ibídem*, 51.

15. FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2010: «La Cámara de Castilla, el Rey y la creación de títulos nobiliarios en la primera mitad del siglo XVIII». *Hispania, Revista Española de Historia*, 2010, 70(26): 662 y ss.

16. FELICES DE LA FUENTE, *La nueva...*, *op. cit.*, 57.

La perentoriedad dineraria hizo que se prescindiera de los trámites burocráticos anteriores y se gestionaran por la vía del decreto ejecutivo firmado por el rey¹⁷. Esta vía fue la utilizada para evitar suspicacias en torno a la concesión. Los interesados ya habían depositado previamente la cantidad de dinero requerida y su nombramiento había sido apoyado por personas influyentes dentro de la corte¹⁸. La vía reservada omitía el informe preceptivo de la Cámara de Indias y fue utilizada por el Consejo de Indias para consultar directamente al rey, en el caso de cambio de criterio o de acuerdo con circunstancias especiales que así lo indicasen. La decisión última del rey se contestaba en la misma consulta y esa resolución era conocida por unos pocos, entre ellos por el secretario del Consejo de Indias, que era quien debía remitir la documentación dando el visto bueno¹⁹.

La riqueza del candidato fue otro requisito importante, aunque no el único, en la compra de un título nobiliario y, además, se comprometía a cumplir con otras obligaciones²⁰. Se podía tener una ascendencia ilustre, se podían demostrar los extraordinarios servicios prestados a la Corona, pero la condición *sine qua non* era tener suficiente cantidad de dinero para poner adquirir el título deseado.

Otra manera de conseguir el tan ansiado título fue la correspondencia directa. A través de ella fueron tramitadas las peticiones de dignidad. En las cartas se exponían los méritos y los servicios prestados a la causa castellana. Esta vía no solo sirvió para las Indias, sino que también se utilizó con los súbditos leales de los reinos de Nápoles, Sicilia, Cerdeña, el Estado de Milán y las provincias toscanas. Esta generosidad regia generó una importante movilidad de recursos que hizo necesaria la recaudación de fondos para compensarlos.

En los cambios introducidos por la nueva dinastía de Felipe V las consultas que antes eran expuestas por el Consejo de Indias pasaron a ser despachadas por un nuevo órgano creado a tal efecto llamado la Secretaría del Despacho Universal. Este cambio en el procedimiento de las consultas de provisión supuso que solo dos secretarios fueran los encargados de tramitar la mayoría de los nombramientos que se hicieron para las Indias a través del «mérito del oro»²¹.

La Secretaría del Despacho Universal estuvo en activo hasta 1715 y los asuntos de Indias tuvieron un carácter reservado por medio de esta dirección propia, la cual era la única vía de comunicación con el rey. Este Despacho de Indias fue clausurado en 1721. Las consultas no fueron enviadas a los distintos departamentos, solo las de los asuntos eclesiásticos tramitados por el Despacho de Gracia y Justicia. El Consejo remitía de manera privada sus consultas a la Secretaría del Despacho de Indias y, a partir

17. FELICES DE LA FUENTE, «Silencio...», 232.

18. *Ibidem*, 58.

19. BURGOS LEJONAGOITIA, Guillermo. *Venalidad...*, *op. cit.*, 205 y ss.

20. *Ibidem*, FELICES DE LA FUENTE, 285 y ss.

21. *Ibidem*, 206.

de ese año, fueron tramitadas por otro despacho creado *ad hoc*. Desde el Despacho Universal se creó un ministerio llamado De los Asuntos de Ultramar²².

En la obtención de títulos nobiliarios también fue utilizada la vía denominada Cédulas de Diligencia, que eran indagaciones y averiguaciones de carácter reservado realizadas por los pesquisidores. En ellas se daba cuenta de toda clase de información concerniente al candidato. Estos informes eran remitidos a la Cámara y se examinaba de nuevo la solicitud en la Secretaría y, junto con las averiguaciones realizadas, se remitían al rey.

En la Corte siempre había personas cercanas a los distintos despachos que realizaban estos trámites. En caso de rechazo, el rey remitía una carta en la que decía que «se le excusase» o bien que su petición «la tendría presente». El solicitante que recibía esta notificación podía empezar de nuevo el trámite incluyendo nuevos servicios, esto quería decir que aumentaba la cantidad ofrecida o bien recurría a gestores más activos o influyentes. Las solicitudes que fueron denegadas en primera instancia posteriormente eran admitidas y su petición concedida por medio de una consulta favorable o un decreto ejecutivo del rey.

Esta resolución se comunicaba al peticionario a través de la Secretaría de la Cámara, órgano encargado de tramitar toda la información desde su recepción o registro hasta la entrega de la concesión.

Lo recaudado por la venta de los títulos nobiliarios fue destinado para cancelar deudas que tenía la Corona con prestamistas y asentistas. También sirvió para abonar sueldos atrasados de militares o funcionarios.

Hubo otras maneras de adquirir títulos de Castilla, pero todas necesariamente requerían la entrega de dinero en efectivo o mediante el pago en especies, llamada por la profesora FELICES DE LA FUENTE «inversiones en servicio»²³. También sirvió lo recaudado para financiar nuevas unidades del ejército de nueva leva, para los reclutas, su equipamiento y el armamento de un determinado número de soldados. Se continuaba así el intercambio de honor por dinero y esta fue la manera por la que algunos militares accedieron a las órdenes militares²⁴.

4. LOS AGENTES E INTERMEDIARIOS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

Como hemos comprobado, hubo diferentes modos de gestionar las peticiones de los títulos nobiliarios; en ellos había diferentes agentes especializados y el más utilizado

22. *Ibidem*, 207.

23. *Ibidem*, 287.

24. ANES FERNÁNDEZ, Ana. 2001: «Comercio con América y títulos de nobleza: Cádiz en el siglo XVIII». *Cuadernos Dieciochistas*, 2001, 2: 116 y ss.

por los resultados que obtenía fue el tener un intermediario cercano al poder político, el cual se encargaba de tramitar todo el expediente a cambio de una comisión. Como así también se hicieron directamente con las autoridades responsables del Consejo a través de un delegado.

Las peticiones de algunos candidatos fueron tramitadas por agentes que trabajaban en la corte y tenían acceso a través de diversas instancias para comunicarse directamente con la Casa Real. La doctora FELICES DE LA FUENTE enumera los siguientes: Consejos, Secretarías de Estado, Secretarías de la Cámara de Castilla y también personas cercanas al rey con cierto poder influyente en la toma de decisiones²⁵.

Todos estos agentes perseguían la obtención de la gracia regia que era la que concedía títulos nobiliarios e hidalguías y que dependía exclusivamente de la voluntad del monarca, «podía convertir en hidalgo a un labrador o conceder un título nobiliario a un hidalgo provocando su integración en el mundo señorial»²⁶.

También fueron autorizados los virreyes indianos, los cuales recibían los títulos en blanco para que fueran adjudicados al mejor postor. En cualquier caso, tanto si se utilizaba la vía directa, es decir, la compra de títulos previa entrega de una cantidad de dinero, como si se utilizaba de manera sutil la vía indirecta, o donativo, en la que la compra quedaba en un segundo plano, el fin era el mismo. Aunque en esta última vía indirecta se pagaba por el título de una manera disimulada y el «donativo» era usado para encubrir estas ventas²⁷. También se obtuvieron títulos nobiliarios por medio de abogados o expertos en Derecho, que era una manera de reforzar la legalidad de la petición y el derecho del pretendiente a ser premiado²⁸.

En el memorial del peticionario se adjuntaba todo tipo de servicios y de méritos, personales y familiares, sobre todo la capacidad económica del solicitante cuya peticionaria era razonada²⁹. Varias solicitudes fueron rechazadas de plano al no reunir los requisitos necesarios o porque sus antecesores ya fueron suficientemente premiados.

Además de presentar los méritos y servicios y depositar la cuantía determinada debía tener el apoyo de personas influyentes cercanas a la casa del rey. La presencia de estos «actores» fue de tanta importancia que algunos de estos títulos fueron conseguidos sin tener méritos suficientes. En otros casos no fue necesario que el solicitante presentara el memorial correspondiente, sino que los mismos intermediarios presentaron las solicitudes de sus patrocinados. Cada uno de estos favorecedores tenía su propia manera de actuar de acuerdo con sus cometidos en el procedimiento para la

25. FELICES de la FUENTE, María del Mar. 2010: «Silencio y ocultaciones en los despachos de los títulos nobiliarios. Análisis crítico de su contenido». *Chronica Nova*, 2010, 36: 230 y ss.

26. DE DIOS, Salustiano. 1990: «El ejercicio de la gracia regia en Castilla». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1990, 60: 350.

27. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco y FELICES de la FUENTE, María del Mar. 2007: «Los 'Mercados' de venta de títulos nobiliarios en el siglo XVII». *Chronica Nova*, 2007, 33: 134 y ss.

28. FELICES de la FUENTE. *La nueva nobleza...*, *op. cit.*, 36 y ss.

29. *Ibidem*, 36.

obtención de los títulos. El intermediario, patrocinador o el agente de servicios fue el encargado de presentar las solicitudes en las dependencias oportunas. Mientras que el favorecedor era un funcionario que, por medio de su cargo, estaba vinculado al poder regio y que, llegado el caso, favorecería la concesión de dicho título³⁰.

La concesión de títulos y cargos por parte de la Cámara de Indias no fue conveniente para los virreyes y presidentes de audiencias, porque estos también habían sido autorizados a nombrar y conceder oficios menores sujetos a ratificación. El decreto ejecutivo sobre la consulta que hacía la Cámara para expedir los títulos llevaba la firma del rey. Este trámite se omitía cuando se adjudicaba un cargo de juez o de corregidor³¹. De este modo fueron numerosos los títulos que se vendieron directamente desde la corte y que no tenían ningún informe de la Cámara de Indias, sino que el rey los refrendaba directamente a través de un decreto ejecutivo³².

Hubo también nombramientos inmorales como el oficio de oidor de Chile otorgado a Juan Próspero Solís Vango, que no había cumplido los quince años, y el de su hermano Toribio, que fue nombrado presidente de la Audiencia de Guadalajara. Ninguno de los dos era letrado y lo que primaba fueron los 300 000 reales pagados por ello³³. El Consejo de Indias se quejó amargamente ante el rey por el daño que causaban a la institución estos nombramientos. El monarca hizo caso omiso a tales observaciones y los menores tomaron posesión una vez cumplida la mayoría de edad.

También se fraguó la idea de privatizar estos servicios a través de entidades financieras privadas con el objetivo de acelerar la adjudicación. Esas entidades se encargarían de encontrar a los deseosos aspirantes que quisieran invertir en estos títulos. Tenían que negociar directamente con los pretendientes, también prestaban dinero y el precio pactado se devolvería en plazos. Todo ello con unas condiciones y garantías de rentabilidad que daban seguridad de que no iban a perder a corto plazo³⁴.

La privatización de este servicio fue una garantía para los vendedores, la Hacienda real iba a recibir el dinero en efectivo y los compradores se aseguraban de que la venta contaba con la aprobación regia. Esto alejaba a los compradores de los despachos que solo acudían a recoger el título, del resto ya se ocupaban los mediadores y los agentes financieros e intermediarios³⁵.

30. *Ibidem*, 91 y ss.

31. ANDÚJAR CASTILLO. *Necesidad...*, *op. cit.*, 304 y ss.

32. FELICES DE LA FUENTE. *La nueva...*, 277.

33. *Ibidem*, 304-305.

34. *Ibidem*, 305 y ss.

35. *Ibidem*, 306.

5. LOS PAGOS POR LOS TÍTULOS DE NOBLEZA

Una vez concedido el título nobiliario y para que tuviera los efectos oportunos, en la oficina del despacho real se estampaba un sello, sin este requisito carecía de toda validez. Previamente el interesado debía haber comunicado a la Secretaría de Gracia y Justicia el nombre que había elegido para intitularse.

Los favorecidos debían poseer una masa dineraria suficiente para abonar los pagos por los derechos de la media anata y a la Real Capilla y además abonar el servicio anual de lanzas³⁶.

No todos los criollos estaban en condiciones económicas favorables para hacer frente a esta deuda tributaria, algunos recurrieron a créditos o a solicitar el pago de sueldos atrasados pendientes. Mientras que otros tuvieron que vender parte del patrimonio que tenían para sufragarlos. Los que no podía pagar en tiempo y forma y se veían impedidos de pagar los pagos obligatorios, inmediatamente entraban en mora y su expediente quedaba en suspenso hasta nueva orden. Si dichas cantidades no eran satisfechas puntualmente su patrimonio y rentas disponibles eran embargadas.

Además, debían satisfacer el pago de impuestos de lanzas y medias anatas que eran obligatorios a estas dignidades. La media anata exigía el pago a todos los nombramientos de empleos retribuidos y a todas las mercedes concedidas. Debía ser devengado cuando el interesado entraba en posesión de la merced o empleo. Recibía este nombre porque la deuda tributaria se fijaba en la mitad de lo que el empleo retribuido le reportaba o la merced concedida rentase en un año. Como los títulos nobiliarios no tenían en sí valor económico se establecieron unos baremos para fijar la cuantía que había de satisfacerse según la clase de títulos. Este impuesto se pagaba una sola vez al entrar en posesión del título o cargo. El marqués de Tojo pagó por adelantado el valor de cuatro medias anatas y abonó la cantidad de 1820 pesos, el 2 de noviembre de 1733, y su hija Manuela Michaela Fernández Campero también había abonado lo que debía y todas las cargas³⁷.

El pago del servicio de lanzas era exclusivo para los títulos nobiliarios, se ejecutaba anualmente y estaban obligados a satisfacerlo todos los nobles. Además, se comprometían a defender el territorio con su propio ejército y debían asistir al rey. Cada lanza estaba compuesta por cinco hombres de armas, soldados profesionales perfectamente armados y entrenados para el combate, pagados por el señor, que estaba obligado a suministrarlos. El rey Felipe IV lo sustituyó por el pago en metálico anual en una cantidad equivalente al valor de 10 o 20 lanzas por un título de Castilla.

También se debía abonar por el concepto derechos de la Real Capilla y se impuso la obligación de pagar una cantidad de dinero junto al pago de la media anata.

36. *Ibidem*, 105.

37. AGS: DGT. Inv. 24, leg. 179 [s. n.].

El marqués de Tojo se había encargado de sufragar los gastos en la creación de una capilla a la orden de los jesuitas de Tarija³⁸.

Por último, debemos señalar que también fueron vendidos varios títulos nobiliarios por las órdenes religiosas de la región. Esta práctica permitió afrontar los gastos de mantenimiento de las instituciones religiosas, iglesias, monasterios, conventos, colegios mayores, fundaciones pías y benéficas³⁹. La Corona, a través del patronato regio, había sostenido a esas instituciones, pero debido a la penuria económica que hubo se recurrió a la venta de títulos nobiliarios para recaudar fondos. El rey firmaba en blanco algunos títulos nobiliarios y se los entregaba a la institución religiosa para que con su venta se afrontaran los gastos. En estos casos el monarca no intervenía, sino que era el prior del convento o un agente intermediario el encargado de su venta⁴⁰.

En la bibliografía analizada, el marquesado de Tojo no fue el único en la gobernación del Tucumán conseguido de este modo. Hubo otros tantos adquiridos por criollos y castellanos. Todo dependía del patrimonio del adquirente y de este modo cualquier criollo o súbdito rico peninsular podía comprar un cargo de gobernador, militar, juez o corregidor. El caso más sombrío que hubo, por la acumulación de cargos que compró en la región de Tucumán, fue el marqués de Haro. El criollo Isidro Ortiz de Haro era residente en Lima y había comprado diversos cargos y oficios en la Audiencia de Charcas aprovechando estas circunstancias en que todo se vendía. El profesor ANDÚJAR nos dice que este criollo compró dos corregimientos de Aomoni y Paria por 45 000 reales junto con el cargo de alguacil mayor de la Audiencia de Charcas por 120.000 reales. Al año siguiente adquirió por 75 000 reales la Capitanía General de Tucumán y en 1715 se hizo con título de marqués de Haro comprado al monasterio de El Escorial, que fue entregado por Carlos II destinado al sostén de ocho camas para curación de pobres⁴¹. Sin embargo, este criollo y su marquesado fueron poco conocidos en la región y merece nuestra atención para futuros trabajos sobre los títulos nobiliarios comprados en la gobernación del Tucumán.

6. LA COMPRA DEL MARQUESADO DE TOJO

Para la adquisición de un título nobiliario o un cargo dependía del valor que tuviera y de lo que el interesado estaba dispuesto a pagar por hacerse con él. Los criollos que estaban en disposición de comprar un título nobiliario fueron pocos debido a las fuertes cargas impositivas que conllevaban estos títulos.

38. CAMPERO PAZ, Javier. 2008: *El vínculo de Tojo*. Tarija (Bolivia): Ed. Luis de Fuentes, 47.

39. FELICES de la FUENTE, M. *La nueva nobleza...*, *op. cit.*, 294.

40. *Ibidem*, 294.

41. ANDÚJAR CASTILLO, F. *Necesidad y venalidad...*, *op. cit.*, 275.

El título de marqués otorgado a D. Juan José Campero Herrera es, sin duda alguna, un caso novedoso en la gobernación del Tucumán. Como ya dijimos, la necesidad de obtención de recursos económicos durante el reinado de Felipe V fue continuada. Ya explicamos también las penurias que atravesaban la Hacienda regia causadas por la guerra de Sucesión. En líneas generales se utilizó esta vía para recaudar, por un lado, y, por otro, un instrumento de crear lealtades a la nueva monarquía borbónica⁴². La participación de los comerciantes o mineros acaudalados en la compra de estos títulos o el de sus familiares nos demuestra hasta qué punto de sordidez había tocado la monarquía. Disipando el control no ya del gobierno en las Indias, sino que solo interesaba que sus funcionarios se ocuparan de obtener el mayor lucro posible por las ventas de títulos y cargos⁴³. Poco importaba que los criollos y los castellanos para obtener la gracia regia precisasen necesariamente seguir explotando y esclavizando a los indios en sus encomiendas y en las minas. Asimismo, debemos destacar que la realidad de las Indias nada tenía que ver con la de Castilla, en donde el criollo recibía un determinado número de indios para el trabajo con la obligación de darle una educación religiosa, alimentación, vestidos y vivienda.

La concesión del marquesado de Tojo al maestro de campo D. Juan Joseph Fernández Campero de Herrera fue firmada por el rey Felipe V el 21 de agosto de 1708⁴⁴. Esta concesión ha sido objeto de estudios y de múltiples debates, así como de trabajos monográficos y de tesis doctorales en ambos lados del Atlántico. El primer marqués de Tojo fue un castellano de origen cántabro nacido en Abionzo, en el valle de Carriedo, en 1641. Emigró rumbo a las Indias en 1661, llegando a Lima con 26 años con el séquito que acompañaba al conde de Lemos, virrey del Perú⁴⁵. Luego de desempeñar diversos trabajos como corregidor y alcalde de minas, entre otros, se estableció en Tarija. Conoció a la que sería su futura esposa, menor de 11 años, él tenía 38, doña Juana Clemencia de Ovando. Se casó el 5 de octubre de 1679 en la ciudad de Yavi⁴⁶. Juana había heredado un importante capital y la segunda vida de la encomienda de Casabindo y Cochinoca. Su marido pasó a administrar todo el patrimonio, quien prosiguió con sus actividades económicas, la cría de ganados, la comercialización de todos sus derivados y a la explotación de minas de la región. Continuó adquiriendo nuevas propiedades y estos negocios le reportaron formidables beneficios.

Los castellanos que emigraban a las Indias oriundos del norte de Castilla por su origen tenían la condición de hidalgos y se integraron rápidamente en las élites indianas

42. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco y FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2007: «Nobleza y venalidad...», *ob. cit.*, p. 138 y ss.

43. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. 2022: «El barco de los magistrados y gobernadores: venalidad y corrupción entre España e Indias (1710-1711)». *Prohistoria*, 2022, dic., año xxv, 38: 15 y ss.

44. AGS: Dir. Tes. Inv. 2, leg. 4-3.

45. CAMPERO PAZ. *El vínculo...*, *op. cit.*, 28-29.

46. *Ibidem*, 35.

y obtenían cargos y honores, pero la mayoría descendían de familias de segundogénitos y no tenían fortuna alguna⁴⁷. Aunque no fue el único, hubo otros tantos en la gobernación del Tucumán en la época que se compraban estos títulos de Castilla. Estas ventas aportaron caudales extraordinarios y no solo incluían esta máxima condecoración, sino que también hubo Grandezas de España, hidalguías de escasa cuantía y hasta collares de toisón de oro. Lo significativo fue la cantidad importante de dinero que se depositaba para adquirir estos títulos y siempre se hacía bajo una opacidad estricta por parte de quienes los adquirirían. Era una manera discreta de ocultar que no tenían los méritos suficientes ni la sangre de quienes decían descender, solo tenían el dinero para comprarlos⁴⁸. Sobre la referencia al pago no quedaba constancia alguna, se eliminaban para no objetar sobre los méritos del adquirente.

D. Juan José Campero Herrera se intituló como marqués del Valle de Tojo. Depositó la cantidad de «Quince mil pesos escudos de plata, que me habéis hecho y se an entregado al contado en esta Corte»⁴⁹. Que corresponde a la cantidad de 225 000 reales⁵⁰. Esta venta se hizo directamente desde la corte, como así lo dice el documento reseñado anteriormente. Este mecanismo de adquisición era difícil de comprobar por la escasa documentación y por el sigilo con que se llevaban estos asuntos. Luego de analizar este documento es innegable que ha sido comprado al depositarse dicha cantidad de dinero.

Los títulos nobiliarios fueron comprados por castellanos y criollos dedicados en su mayoría al comercio, a la minería y también como prestamistas de dinero. Estas actividades sin duda alguna hicieron que consiguieran un valioso patrimonio y sus aspiraciones, además de formar parte de la élite criolla local, ascendieron hasta conseguir un título de Castilla. Ocuparon cargos importantes en la Administración indiana, pero lo que más prestigio para sus aspiraciones fue los militares que pasaron a formar parte del ejército del rey. Asimismo, accedieron a ocupar plazas en los cabildos y cargos en la Administración. En el siglo XVIII disponer de un capital y rodearse de amistades influyentes necesarias fueron suficientes para conseguir un título nobiliario.

Como hemos señalado, el título de marqués estaba vinculado a las encomiendas que habían sido concedidas por vidas prorrogables. En ningún momento se le adjudicó su titularidad. Como encomendero recibió las tierras y a los indios de esos pueblos hasta cumplir con la última y definitiva vida, ya en manos de sus herederos criollos. Y una vez concluida, como es sabido, retornaban de nuevo a formar parte de la Hacienda regia.

47. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. 2020: «Los ingresos no fiscales de la Hacienda Castellana en las dos últimas décadas del siglo XVIII: La vía Indias». *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV Historia Moderna*, 2020, 33: 99 y ss.

48. *Ibidem*, 99.

49. *Ibidem*, AGS: Dir. Tes. Inv. 2, leg. 4-3. FELICES DE LA FUENTE, M. *La nueva nobleza titulada...*, *op. cit.*, 278.

50. ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. *Necesidad y venalidad...*, *op. cit.*, 239 (ver cuadro).

En nuestra opinión la adquisición de este título de Castilla de manera venal por parte del marqués para la región no significaba nada. Él seguía siendo un súbdito al servicio de quien le había conseguido su título y en todo momento debía lealtad al rey y más aún por formar parte de los nobles indianos. Para la región y sus indios no significó nada, al recibir la encomienda recibió un encargo que debía cumplir, darles educación, evangelizarlos, proporcionarles buen trato y tierras para sus cultivos. Pero las élites nobiliarias prolongaron con la posesión de las tierras encomendadas obligadas a cumplir con el mandato regio.

Por lo tanto, queda suficientemente acreditado que D. Juan José Campero Herrera había comprado su título de marqués y, por lo tanto, estaba sujeto al cumplimiento de las leyes de Castilla. Como todo habitante de las Indias y como noble estaba obligado en todo momento a prestar auxilio a la Corona en caso de peligro contra la integridad del territorio: «Aveis servido con singular cuidado en la Conservación política, Doctrina de los Yndios de la encomienda de Casavindo y Cochinoca»⁵¹. Esto al final se quebrantó, sus herederos, ya criollos, apoyaron a las fuerzas rebeldes que lucharon por la independencia en la gobernación del Tucumán.

7. CONCLUSIÓN

Las cuestiones que hemos abordado en relación con la compraventa de títulos nobiliarios y sobre el marquesado de Tojo no cierran el tema. El trámite de su adquisición continuaba de una manera simple una vez depositada la cantidad solicitada sin más mérito que el depositar el dinero pactado. Sin duda alguna estos hechos fueron ocultados por quienes habían sido sus beneficiarios y quienes los habían conseguido en el más absoluto de los sigilos. Son varios los argumentos expuestos que, así lo entiendo, abren el camino para futuras investigaciones sobre el tema en la gobernación del Tucumán. Como se podido comprobar en este caso, la realidad nobiliaria en la región su concesión estuvo asentada en las pruebas documentales presentadas. El criollo adinerado debía adecuarse a los criterios impuestos, para acceder debían aportar y demostrar su noble origen. Aquellos que no cumplían con estos requisitos acudieron a los intermediarios cuyos trámites costosos adquirían las pruebas y las distinciones necesarias. Una vez conseguida la prueba judicial de la limpieza de sangre podían legitimar sus aspiraciones nobiliarias. El título de Castilla como otros tantos cargos dentro de la Administración indiana fueron puestos al mercado y fueron adquiridos por aquellos que podían pujar por ellos. Asimismo, varios cargos puestos a la venta quedaron vacantes por falta de pretendientes o porque fueron tasados de manera excesiva.

El tema sin duda alguna no cierra la cuestión sobre la venalidad de títulos en la región del Tucumán, constituye un reto interesante para quienes estén interesados en

51. AGS: Dir. Tes. Inv. 2, leg. 4-3.

profundizar en la compraventa de títulos y cargos. Y, por consiguiente, también abordar sobre los agentes que operaron sobre el negocio de este tipo de venta, que no fueron los únicos, y todo ello dentro de un espacio amplio e integrador.

Por todo lo mencionado, la conclusión también es que en esta parte de las Indias no primaban los méritos o los servicios prestados para defender al rey o por haber dispensado un buen trato a los indios y lo que predominó fue el patrimonio del comprador. Se han analizado los documentos y la bibliografía que sobre el tema se ha escrito en torno al marquesado de Tojo. Al abordarse la compraventa de títulos se explicarían muchas cuestiones que aún no tienen respuesta sobre el marquesado y sus propiedades durante el período de la llamada independencia. Pero lo que sí estaba claro era que el criollo como súbdito del rey de Castilla recibió una provisión venal expuesta de manera directa en el documento de la Real Cédula de 1708, la cual estuvo vigente una centuria hasta la consecución de la independencia. El cambio de régimen no suplantó de manera efectiva la tenencia de la encomienda y los herederos del marqués de Tojo consiguieron mantener sus propiedades durante el siglo XIX. Queda demostrado pues que los herederos criollos del primer marqués de Tojo traicionaron de manera manifiesta a la Corona de Castilla, que fue quien les había concedido las encomiendas y el título.

Abreviaturas

AGI. Archivo General de Indias.
AGS. Archivo General de Simancas.
CSIC. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
RAE. Real Academia de la Lengua Española.
Dir. Dirección.
Gen. General
Tes. Tesoro.
Inv. Inventario.
Leg(s). Legajo (s).
Tít. Título.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ANDÚJAR CASTILLO, F. 2008: *Necesidad y venalidad. España e Indias, 1704-1711*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. 2020: «Los ingresos no fiscales de la Hacienda Castellana en las dos últimas décadas del siglo XVIII: La vía Indias». *Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV Historia Moderna*, 2020, 33: 89-116.
- ANDÚJAR CASTILLO, Francisco. 2022: «El barco de los magistrados y gobernadores: venalidad y corrupción entre España e Indias (1710-1711)». *Prohistoria*, 2022, dic., Año xxv, 38: 1-25.
- ANDÚJAR CASTILLO, Francisco y FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. Falta fecha «El mercado eclesiástico de venta de títulos nobiliarios en el siglo XVII». *Chronica Nova*, 33: 131-153.

- ANES FERNÁNDEZ, Ana. 2001: «Comercio con América y títulos de nobleza: Cádiz en el siglo XVIII». *Cuadernos Dieciochistas*, 2001, 2: 109-149.
- BURGOS LEJONAGOITIA, Guillermo. 2014: *Gobernar las Indias. Venalidad y méritos en la provisión de cargos americanos, 1701-1746*. Almería, España: Editorial Universidad de Almería.
- CAMPERO PAZ, Javier. 2008: *El vínculo de Tojo*. Tarija, Bolivia: Editorial Luis de Fuentes.
- DE DIOS, Salustiano. 1990: «El ejercicio de la gracia regia en Castilla». *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1990, 60: 352-352.
- FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2012: *La nueva nobleza titulada de España y América en el siglo XVIII (1701-1746)*. Almería, España: Editorial Universidad de Almería.
- FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2010: «La Cámara de Castilla, el Rey y la creación de títulos nobiliarios en la primera mitad del siglo XVIII». *Hispania, Revista Española de Historia*, 2010, 70: 26.
- FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2010: «Silencio y ocultaciones en los despachos de los títulos nobiliarios. Análisis crítico de su contenido». *Chronica Nova*, 2010, 36.
- FELICES DE LA FUENTE, María del Mar. 2013: «La venta privada de títulos nobiliarios durante los reinados de Felipe V y Fernando VI (1701-1759)». En *Encuentro de Jóvenes investigadores, Zaragoza 9 y 10 de febrero del 2012*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10261/79815> [20 septiembre 2022].
- KONETZKE, Richard. 1951: «La formación de la nobleza en Indias». *Anuario de Estudios Americanos*, III, 10: 257-329.
- MARURI VILLANUEVA, Ramón. 2009: «Poder con poder se paga: Venta de títulos nobiliarios beneficiados en Indias (1681-1821)». *Revista de Indias*, 2009, 59: 207-240.
- PONCE LEIVA, Pilar. 2016: «Percepciones sobre la corrupción en la monarquía hispánica, siglos XVI y XVII». En Pilar Ponce Leiva y Francisco Castillo Andújar (eds.): *Mérito, venalidad y corrupción en América y Castilla. Siglos XVII y XVIII*. Valencia, España: Editorial Albatros.
- ROSENMÜLLER, Cristoph. 2016: «Torpes y abominables pactos: La política del beneficio de las Alcaldías mayores novohispanas a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XVIII». En Pilar Ponce Leiva y Francisco Castillo Andújar (eds.): *Mérito, venalidad y corrupción en España y América. Siglos XVII y XVIII*. Valencia, España: Editorial Albatros.
- SANZ TAPIA, Ángel. 2009: *¿Corrupción o necesidad? La venta de cargos de gobiernos americanos bajo Carlos II (1674-1700)*. Madrid: CSIC.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio. 1924: «Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial». *Anuario de Historia del Derecho español*, 1924, 1: 93-157.
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. 1967: *La organización política argentina en el período hispánico*. 3.^a ed. Buenos Aires: ed. Perrot.

La protección y promoción jurídica de los lugares de memoria en Colombia. El caso del cementerio de La América, barrio San Javier (Comuna 13), Medellín

Legal Protection and Promotion of Places of Memory in Colombia. The Case of the America Cemetery, San Javier Neighborhood (Comuna 13), Medellín

Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA

Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria (Colombia)

locastano@tdea.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-3374-4343>

Doctor en Derecho. Profesor titular

Natalia Andrea RESTREPO HERNÁNDEZ

Universidad de Antioquia (Colombia)

nrest11@tdea.edu.co, Natalia.restrepoh@udea.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-4191-7339>

MSc. Antropología con énfasis antropología biológica. Profesora-investigadora

Ingrid Estibaliz SÁNCHEZ DIEZ

Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria (Colombia)

ingrid.sanchez@tdea.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-3114-6179>

Doctora en Derecho. Docente ocasional tiempo completo

Recibido: 12/09/2023

Aceptado: 30/10/2023

Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA , Natalia Andrea RESTREPO HERNÁNDEZ, Ingrid Estibaliz SÁNCHEZ DIEZ
La protección y promoción jurídica de los lugares de memoria en Colombia. El caso del cementerio...

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 59-82
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

Resumen

El presente texto constituye una argumentación en favor del reconocimiento y dotación de protección jurídica a los espacios físicos de memoria generados por la interacción de las víctimas y la sociedad civil en los territorios de Colombia.

Con el objetivo de reivindicar y contribuir a evitar la desaparición de estos lugares, referimos una práctica global y permanente en el tiempo ejemplificada a través de la resignificación del cementerio de La América (Comuna 13, Medellín) como espacio de memoria. Se pretende, desde una perspectiva jurídica, evitar que se pierdan y desaparezcan las iniciativas sociales con capacidad de construir memoria colectiva y de contribuir a la generación de marcos de convivencia destinados a la consolidación de la paz.

La siguiente exposición refiere el valor de este tipo de iniciativas, advierte que el ordenamiento jurídico colombiano carece de un instrumento de protección efectivo y argumenta en favor de la emisión de una Ley de Memoria que incluya un procedimiento adecuado de reconocimiento, identificación y protección de los espacios de memoria generados por la interacción de víctimas y sociedad civil en los territorios.

Palabras clave: lugares de memoria; memoria colectiva; bienes de interés cultural; conflicto armado; ley de memoria.

Sumario: 1. Introducción. La necesidad de generar una memoria histórica colectiva. 1.1. Razones por las que los emplazamientos elegidos por las víctimas y la acción civil para la exposición y generación de los relatos acerca de lo ocurrido durante el conflicto bélico merecen ser conocidos, respetados y amparados por el conjunto de la sociedad y por las instituciones públicas. 1.2. Los emplazamientos configurados o resignificados por iniciativa de víctimas y colectivos sociales como lugares o sitios de la memoria histórica. 1.3. El papel de los espacios memoriales en la construcción de memorias en los territorios y su contribución a la consecución de la paz. 2. La preceptiva protección jurídica de los lugares de la memoria histórica. 2.1. El deber de los Estados de garantizar la disponibilidad y la accesibilidad a los sitios de memoria. El caso de Colombia. 2.2. Evidencias aportadas por el análisis normativo de que la legislación colombiana no incluye normas con capacidad para preservar adecuadamente estos espacios de memoria. 2.3. Referencias de derecho comparado. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA , Natalia Andrea RESTREPO HERNÁNDEZ, Ingrid Estibaliz SÁNCHEZ DIEZ
La protección y promoción jurídica de los lugares de memoria en Colombia. El caso del cementerio...

Abstract

The following text constitutes a favorable argument regarding the reconnaissance and legal protective endowment to physical memory spaces created by the interaction between victims and civil society in Colombia's territories.

With the aim of claiming and contributing to prevent the disappearance of these places we refer to a global and permanent practice in time exemplified through the resignification of the America cemetery (Comuna 13, Medellín) as a memorial space. It is intended from a legal perspective to prevent the disappearance and loss of the social initiatives with the capacity of constructing collective memory and contributing to the generation of coexistence frameworks aimed to peacebuilding.

The following presentation refers to the value of these initiatives, and notes that the Colombian legal system lacks an effective protection instrument and argues in favor of the issuance of a Memory Law that includes an adequate procedure for recognition, identification and protection of memory spaces generated by the interaction of victims and civil society in the territories.

Keywords: places of memory; collective memory; assets of cultural interest; armed conflict; memory law.

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 59-82
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE GENERAR UNA MEMORIA HISTÓRICA COLECTIVA

El trabajo de protección y promoción de la memoria de los pueblos exige reflexionar acerca de la necesidad de explicitar el reconocimiento y la reivindicación de los espacios o lugares de memoria histórica constituidos, resignificados, por la interacción de iniciativas de la sociedad civil y de las víctimas en los territorios, así como de la conveniencia de articular para ellos una adecuada protección jurídica.

El objetivo de este artículo es dar a conocer la labor de investigación jurídica desarrollada con el fin de proponer instrumentos normativos destinados a garantizar la pervivencia de los entornos físicos en los que se materializan las acciones realizadas por víctimas y colectivos sociales que contribuyen a generar los relatos constitutivos de la memoria del conflicto en distintos puntos de Colombia. Lograr una protección y promoción jurídica adecuada es la finalidad perseguida.

En este texto se expone la argumentación relativa a un fenómeno y tipo de iniciativa global (que se ha dado en diferentes momentos a lo largo de todo el tiempo de duración del conflicto armado y en diversos puntos del territorio colombiano) con la ejemplificación y referencia concreta a una experiencia desarrollada desde 2017 en Medellín, Antioquia.

El análisis, así como las conclusiones y propuestas que se derivan de él, se basan en la resignificación como espacio de memoria, convivencia y regeneración del tejido social del cementerio La América, situado en el barrio San Javier, Comuna 13, de Medellín.

La pervivencia de estos espacios, de los espacios comunitarios destinados a la configuración de la memoria histórica y a la construcción de bases sólidas de convivencia de distintas comunidades, puede estar amenazada a medio y largo plazo por el uso al que se puedan destinar las fincas o predios en los que se asientan.

El presente texto defiende la trascendencia de estos lugares tanto para la construcción de memorias e identidades colectivas como para la reparación simbólica de las víctimas por parte de sus conciudadanos (elementos esenciales para la satisfacción inmaterial de las víctimas, la garantía del derecho a la verdad de toda la comunidad y el establecimiento de bases de convivencia que constituyen pilares estructurales de la consolidación de la paz y para cuya consecución el Acto Legislativo 01 de 2017 incorporó a la Constitución Política los tres mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición).

Asimismo, advierte acerca del riesgo que para la existencia futura de los espacios de memoria generados por la interacción de víctimas y colectivos de acción social supone la falta en el ordenamiento jurídico colombiano de instrumentos normativos con capacidad para otorgarles una protección legal específica.

Este documento se articula en torno a la convicción de que los sitios de memoria desempeñan un papel esencial en la garantía del derecho a la verdad del conjunto de la sociedad, por la relevancia que tiene la participación de las víctimas, sus familias y

la comunidad local en la configuración de una memoria colectiva que entre en diálogo con la oficial patrocinada por el Estado y sirva de dique de contención frente a la futura investida de tesis revisionistas o negacionistas¹.

Es la argumentación que apuntala tal convicción la que nos lleva a proponer la emisión de una Ley de Memoria que incluya un procedimiento o mecanismo efectivo de definición, identificación, declaración y protección de lugares memoriales generados por la acción de los colectivos de víctimas y agentes sociales.

Lo expuesto es resultado del análisis normativo y de instrumentos declarativos de carácter internacional, complementado con las interpretaciones doctrinales realizadas por distintos textos académicos y desarrollado con base en el diagnóstico de lo inadecuado del reconocimiento jurídico de estos espacios de configuración de la memoria histórica en Colombia.

Las afirmaciones relativas a la iniciativa que se utiliza para ejemplificar la generalidad de casos objeto del estudio han sido elaboradas a partir de la relación entablada con la asociación AgroArte desde julio de 2019, habiéndose extraído los datos aportados del documento presentado por el Colectivo Galería Viva a la Convocatoria Ministerio de Cultura Poblaciones: Narrativas culturales de los grupos de interés para la construcción de paz y reconciliación.

Los argumentos conforme a los que estimamos necesario realizar actuaciones efectivas destinadas al reconocimiento y la protección de los lugares memoriales generados por la interacción de víctimas y colectivos sociales en los territorios entroncan con dos elementos esenciales de la realidad colombiana actual:

- El valor de estos espacios para la consecución de una paz estable y duradera por el papel que potencialmente les corresponde en la construcción de memorias e identidades locales.
- La ausencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, de fórmulas articuladas que sean útiles para la defensa de su pervivencia y el desarrollo efectivo de su función memorial.

1.1. Razones por las que los emplazamientos elegidos por las víctimas y la acción civil para la exposición y generación de los relatos acerca de lo ocurrido durante el conflicto bélico merecen ser conocidos, respetados y amparados por el conjunto de la sociedad y por las instituciones públicas

La protección y la promoción de estos espacios permite materializar los aportes de las comunidades afectadas por el conflicto y por la guerra que se ha librado en la

1. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). 2012: *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Argentina, septiembre, 12.

sociedad colombiana en los últimos sesenta años. Las víctimas tienen una historia que contar y qué mejor que lo realicen en escenarios de análisis participativos, en los cuales se pueda contribuir a la reconstrucción del tejido social y, a través de ello, a la consecución de la paz².

Las consecuencias del conflicto solo pueden de manera objetiva dimensionarse a partir de los relatos de las propias víctimas sobrevivientes o de sus allegados. Solo así es posible medir el impacto de los hechos y de las consecuencias de los «procesos de reparación y/o de transición en las víctimas, en la restauración del tejido social, en la generación de procesos de reconciliación y la transformación del sujeto individual y colectivo»³.

1.2. *Los emplazamientos configurados o resignificados por iniciativa de víctimas y colectivos sociales como lugares o sitios de la memoria histórica*

Comenzando por establecer con claridad y precisión qué tipo de iniciativas son objeto de este trabajo, debemos recordar que hacemos referencia a todas aquellas en las que la interacción entre colectivos de acción social y víctimas (de cualquiera de las diferentes formas en las que se ha manifestado el conflicto armado) ha cristalizado en la configuración de espacios físicos para generar un legado de memoria destinado a honrar y reparar (al menos simbólicamente) a las víctimas y a sus familias, y que tienen entre sus objetivos esenciales los de contribuir a la mejora de la convivencia de las comunidades en las que se insertan y transmitir valores de paz y reconciliación a las generaciones posteriores⁴.

2. «Los textos de memoria histórica ayudan a reconstruir las situaciones presentadas para atender las nuevas situaciones del conflicto». NIÑO, M.; CARREÑO, M.; BUITRAGO, E.; VARGAS, O. y GAITÁN, S. 2020: «Pueblo Nuevo: reconocimiento de sujeto de reparación colectiva». En Roberth Salamanca Ávila (ed.): *Sujetos de reparación colectiva y construcción de territorios de paz. Libro I. Comunidades campesinas en Colombia: contextos de guerra y sujetos de reparación colectiva*. Bogotá: Redconpaz-Constes Colombia, Universidad Externado de Colombia, 182.

3. VILA, J.; LONDOÑO, D. y BARRERA, D. 2015: «Reparación de las víctimas de dictaduras, conflictos armados y violencia política en sus componentes de compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición». *El Ágora USB*, 2015, 5(1): 217-240, 217.

4. Estos acontecimientos o narrativas, personas o personajes y lugares resultantes son considerados rasgos de identificación grupal o de diferenciación con grupos poblacionales; surgen con el fin de visibilizar los límites de identidad social, convirtiéndolos en un marco social para compilación de las memorias. JELIN, E. 2002: *Los trabajos de la Memoria*. Madrid: Editorial siglo veintiuno.

De esta definición se desprende que el objeto del estudio son entornos físicos que pueden haber sido contruidos con los fines descritos o que han visto resignificado su destino original o su finalidad básica.

Siguiendo la nomenclatura establecida por documentos declarativos de carácter internacional⁵ y por las normas de derecho comparado⁶ que se han tomado en consideración, en adelante nos vamos a referir a estos emplazamientos como lugares o sitios de memoria.

Siendo rigurosos, las referencias iniciales que nos llevarían a conformar una definición de lugar o sitio de memoria histórica los identifican con escenarios de hechos atentatorios contra los derechos humanos⁷. Algo que dificultaría la aplicación (aunque fuera analógica) del término a espacios que no necesariamente han sido marco de las conductas y las acciones que en ellos se pretende relatar para ser recordadas y transmitidas.

Sin embargo, son los propios textos y normas estudiados los que nos animan a utilizar el nombre propuesto para referirnos a nuestro objeto de interés.

El documento sobre los sitios de memoria elaborado por Mercosur precisa que el concepto lugares de memoria alude a los sitios en los que sucedieron los acontecimientos y, también, a los «que, por algún motivo, están vinculados con dichos acontecimientos»⁸, aclarando que este vínculo puede ser explícito o construido. Lo que incluye aquellos espacios que, producto de la decisión de referir hechos y evocar su

5. Por la cercanía geográfica y los nexos culturales e históricos existentes, además de por la tradición de trabajo social y académico y desarrollado en el ámbito temático de la memoria histórica, hemos recurrido al documento elaborado por MERCOSUR en 2012 para establecer en su comunidad unos principios comunes rectores de las políticas públicas sobre sitios de memoria.

6. Lo reciente de su emisión, la temática abordada y los estrechos vínculos de tradición jurídica existentes entre España y Colombia han determinado la elección de la Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía; de la Ley Foral 29/2018, de 26 de diciembre, de lugares de la Memoria Histórica de Navarra, y de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática.

7. «Allí se encomendó al IPPDH que lleve adelante un estudio sobre los principios fundamentales para la preservación de sitios donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos [...]», 1. Introducción. Mandato del IPPDH y plan de trabajo, MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Op. cit., 3. «Estos son los Lugares de la Memoria Histórica de Navarra, lugares vinculados al terror y la violencia, lugares en los que se cometieron todo tipo de vulneraciones de Derechos Humanos [...]», Preámbulo de la Ley Foral 29/2018, de 26 de diciembre, de Lugares de la Memoria Histórica de Navarra, 3. «La sección 4ª regula los lugares de memoria democrática, que tendrán una función conmemorativa y didáctica [...]». Preámbulo de la Ley de Memoria Democrática, 15.

8. MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Op. cit., 5.

memoria precisamente en ellos, se transforman en memoriales; «aunque, a priori, no tienen una relación directa con los sucesos que se busca transmitir»⁹.

Una técnica semejante utiliza la ley navarra de los lugares de memoria cuando en su Preámbulo, después de definirlos como escenario de violaciones de derechos humanos, añade en el párrafo posterior que Lugares de la Memoria Histórica de Navarra son también los lugares construidos por familias, asociaciones o instituciones que quieren preservar el legado de la memoria¹⁰.

Por su parte, la ley andaluza de memoria democrática ofrece una definición amplia en la que cabrían los sitios objeto de este estudio. La descripción de espacios, inmuebles o parajes que revelen interés por haberse desarrollado en ellos hechos importantes por su significación histórica, simbólica o por su repercusión en la memoria colectiva¹¹ incluiría sin generar problemas conceptuales los emplazamientos en los que víctimas y colectivos civiles trabajan construyendo la memoria de los territorios.

La más reciente de las propuestas normativas analizada, la Ley de Memoria Democrática española¹², conceptualiza los lugares de memoria aludiendo a su significación y su repercusión en la memoria colectiva incluyendo en el término no únicamente entornos físicos, sino también aquel patrimonio inmaterial vinculado a la memoria y a la lucha por la recuperación y la profundización de los valores democráticos¹³.

Siendo consecuentes con lo expuesto, estimamos que es adecuado definir como lugares o sitios de la memoria a los espacios que, como el cementerio La América —que opera como ejemplo y representación del objeto de este artículo—, han sido elegidos por víctimas y colectivos de acción social para servir de punto de encuentro y soporte a actividades y prácticas memoriales.

Así, la iniciativa Galería Viva tiene su plasmación material en las instalaciones del cementerio La América. Un recinto que es objeto de intervención por parte de colectivos sociales de la Comuna 13 con el objetivo de instaurarlo como lugar de encuentro para generar lazos comunitarios.

La resignificación de un camposanto que cuenta a través de su evolución la historia de transformación profunda que vive Medellín¹⁴ se dirige a su constitución como

9. Nota al pie número 10. *Ibidem*, 6.

10. Preámbulo de la Ley Foral 29/2018, de 26 de diciembre, de Lugares de la Memoria Histórica de Navarra, 3.

11. Artículo 21. Lugares de Memoria Democrática de Andalucía. Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

12. «Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática». BOE núm. 252, de 20/10/2022.

13. Artículo 49. Lugares de memoria democrática. Ley 20/2022 de Memoria Democrática.

14. Los gestores y responsables del cementerio La América se vieron obligados a ampliar sus instalaciones cuando, a raíz de la violencia urbana que afectó especialmente a la zona noroccidental de Medellín, en 2002 se incrementó sensiblemente el número de muertes de los habitantes del sector. En contraste, actualmente este camposanto enfrenta una dinámica inversa. El paulatino desuso provocado por el cambio de los rituales mortuorios le aboca a un posible abandono.

lugar de encuentro para la ritualización del dolor de las víctimas y de la comunidad afectada desde ópticas alternativas.

Reapropiarse del cementerio (y darle un uso complementario al tradicional) es uno de los medios que los vecinos de la Comuna 13 han encontrado para acompañarse colectivamente en los procesos de transformación del dolor en memoria y en las acciones de resistencia destinadas a comprender que la violencia urbana es un fenómeno que nos afecta a todos.

1.3. *El papel de los espacios memoriales en la construcción de memorias en los territorios y su contribución a la consecución de la paz*

La argumentación expuesta en el apartado anterior determina que estimemos que es aplicable a estos emplazamientos la tesis que defiende la esencialidad del derecho a la memoria (y de los sitios que contribuyen a construirla) para la realización efectiva de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación¹⁵.

Elementos que son básicos para la satisfacción de los derechos de las víctimas. Satisfacción efectiva que el Acto Legislativo 01 de 2017 considera requisito esencial para la consolidación de la transición y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia¹⁶. Hasta tal punto que el Decreto 588 de 2017 —a través del cual se regula la Comisión de la Verdad— reconoce en su considerando que alcanzar dicho horizonte «requiere de manera urgente la adopción de mecanismos concretos para la satisfacción de los derechos de las víctimas» y declara que la Comisión de la Verdad «tiene como objetivo principal garantizar el derecho a la verdad, el cual ha reconocido el Acuerdo Final como un pilar fundamental para la consolidación de la paz»¹⁷.

La literatura académica¹⁸ y los documentos emitidos por organismos internacionales¹⁹ abundan en afirmaciones que reconocen la dimensión colectiva de la memoria

15. Ello así en cuanto la memoria histórica es el medio que posibilita el conocimiento de los hechos violentos a partir de los cuales será posible la construcción de la paz social en la medida en que se recupere y dignifique la voz de las víctimas del conflicto armado y de la violencia.

16. Artículo transitorio 1.º y artículo transitorio 2.º del Acto Legislativo n.º 01 de 4 de abril de 2017, por medio del cual se crea un Título de Disposiciones Transitorias de la Constitución para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

17. Página 3 del Considerando del Decreto 588 de 5 de abril de 2017, por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición.

18. CABRERA SUÁREZ, L. A. 2013: «El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación». *Pensamiento Jurídico*, 2013, enero-abril, 36: 174. PERNASETTI, C. 2009: «Acciones de memoria y memoria colectiva. Reflexiones sobre memoria y acción política». En C. de la Peza (coord.): *Memoria(s) y Política. Poéticas, experiencias y construcción de nación*. Buenos Aires: Prometeo Editores.

19. Resolución 2005/66 sobre «El Derecho de la Verdad» adoptada en la 59.ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 20 de abril de 2005. MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Op. cit., 7.

como presupuesto del acceso a la verdad, la justicia y la reparación. Llegando algunos autores a sostener que, mientras la memoria neutraliza la violencia, el olvido la refuerza²⁰. Convicción que encontramos reflejada en el derecho comparado cuando el legislador español afirma en el preámbulo de la Ley de Memoria Democrática que «el olvido no es opción para una democracia»²¹.

En la misma línea, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que las generadoras de memoria son medidas de suma importancia para la adecuada reparación de las víctimas²².

La memoria histórica reviste una importancia trascendental en tanto instrumento de construcción de la paz al contribuir al esclarecimiento de hechos violentos otorgando voz e inmanencia a las víctimas.

Si el objetivo es que la memoria histórica de la época en la que se desarrolló el conflicto armado en Colombia cumpla con las funciones de reparar a las víctimas, evitar la repetición y confrontar el olvido que se traduce en impunidad, es necesario reflexionar acerca de cuáles son los mecanismos a través de los que estamos generando los relatos que van a conformar la memoria histórica y si se fomenta la participación de la sociedad en su configuración.

No debemos desconocer que los Estados desempeñan un papel activo en la construcción de la memoria oficial a través de políticas que incluyen la creación de dispositivos públicos destinados a construir y gestionar un relato y resarcir a las víctimas. Muchas veces por imperativo legal, algo que ejemplifica el compromiso con la memoria y la reparación de las víctimas que la Ley 1448 de 2011 impone al Estado colombiano²³.

Pero, como nos recuerda el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos de Mercosur en su documento de 2012²⁴, el objetivo no es que el Estado construya una memoria oficial para que sea asumida acríticamente por la sociedad. Porque, en palabras de CABRERA SUÁREZ, «la elección de lo que es registrado en la memoria

20. CABRERA SUÁREZ, L. A. *El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación*. Op. cit., 177.

21. Preámbulo. Apartado I. Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, 6.

22. Entre otras: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Aloeboetoe y otros contra Surinam, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 19 comerciantes contra Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.

23. JARAMILLO MARÍN, J. y TORRES, J. P. 2019: *Políticas, espacios y prácticas de memoria. Lugares, centros y museos de memoria: boom global y marcos políticos nacionales. Anotaciones desde Colombia (2013-2015)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universitaria Javeriana, 113.

24. MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Op. cit., 12.

pública y la forma como es representada no es neutral»²⁵. Y dejar exclusivamente en manos del poder público la elaboración del relato puede suponer el monopolio de una única visión que elimine los matices y las versiones con capacidad para contradecirla.

De este peligro advierte POLLAK cuando sostiene que la construcción de las memorias es conflictiva y los estudios contemporáneos revelan que hay memorias subterráneas, propias de minorías o vencidos, que han sido silenciadas por entrar en contradicción o no ratificar completamente la oficial²⁶.

Para tratar de evitar el riesgo descrito, Mercosur estima necesaria la participación de la sociedad, «específicamente de las víctimas y sus familiares, y de la comunidad local»²⁷, en la configuración de la memoria colectiva. Y propugna la creación de mecanismos de diálogo que ayuden a configurar un relato común sobre los hechos y a describir las causas estructurales de orden social que contribuyeron a que sucedieran²⁸.

PERNASETTI parece compartir esta visión cuando afirma: «Solo si existe espacio para el encuentro, el diálogo, el desacuerdo, la insatisfacción y el deseo de otra cosa, es posible que la potencialidad de la memoria se despliegue»²⁹. Y CABRERA SUÁREZ va más allá al reclamar que las organizaciones civiles se alcen como portavoces de la memoria pública en aquellos contextos en los que la versión oficial tienda a la amnesia forzosa³⁰.

Si, como el mismo autor sostiene, los grupos sociales tienen, como materialización efectiva del derecho a la memoria, la prerrogativa de que el poder público no tergiversar lo acontecido, les corresponde también la responsabilidad de hacer lo posible para que se conozca «con el mayor grado de veracidad posible»³¹.

Estos argumentos refuerzan la convicción de que es necesario proteger jurídicamente las iniciativas surgidas en el ámbito comunitario que, en palabras de JARAMILLO MARÍ y TORRES, «pretenden decir NO al olvido instituido de sus víctimas»³². Un olvido que puede ser selectivo, determinado por una imposición oficial o consecuencia de la instrumentalización en el marco de la lucha política por la memoria que en América

25. CABRERA SUÁREZ, L. A. *El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación*. Op. cit., 180.

26. POLLAK, M. 2006: *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones al margen, 18.

27. MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Op. cit., 12.

28. *Ibidem*, 12.

29. PERNASETTI, C. *Acciones de memoria y memoria colectiva. Reflexiones sobre memoria y acción política*. Op. cit., 14.

30. CABRERA SUÁREZ, L. A. *El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación*. Op. cit., 181.

31. *Ibidem*.

32. JARAMILLO MARÍN, J. y TORRES, J. P. *Políticas, espacios y prácticas de memoria. Lugares, centros y museos de memoria: boom global y marcos políticos nacionales. Anotaciones desde Colombia (2013-2015)*. Op. cit., 113.

Latina aún continúa siendo una lucha por el derecho político a la resistencia memorial. Como destaca JARAMILLO MARÍN, en el continente ha habido agentes subordinados y silenciados en la construcción memorial y es preciso visibilizar los déficits memoriales impuestos³³.

Por su parte, los lugares memoriales pueden constituir herramientas adecuadas para la construcción de memorias vinculadas con los conflictos armados y diversas situaciones de violencia. Y han demostrado su trascendencia en la consecución de una efectiva reparación simbólica a las víctimas y en la construcción de pilares que contribuyen a garantizar a toda la sociedad la no repetición de lo acontecido.

Así lo afirma el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos de Mercosur cuando en 2012 destaca los sitios de memoria como medio para conocer lo ocurrido, soporte de la memoria colectiva y medida de reparación simbólica y garantía de no repetición³⁴.

Y así lo defiende CABRERA SUÁREZ al destacar que la tendencia más avanzada de la reparación «se dirige al impulso de los llamados lugares de memoria, como los centros de reflexión pública e impulso a la organización de víctimas»³⁵.

La combinación de los tres elementos expuestos (la memoria como presupuesto del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación —pilares de la consolidación de la paz—, la necesidad de la participación social en la confección de la memoria y la adecuación de los lugares de memoria para la elaboración y transmisión de los relatos, así como su contribución a la reparación de las víctimas y al fortalecimiento de las garantías de no repetición) nos lleva a sostener que los emplazamientos físicos que son elegidos por víctimas y colectivos sociales como centro de encuentro y materialización de sus relatos son esenciales para la construcción de una memoria colectiva que refleje adecuadamente los hechos acontecidos, sus causas y la identidad propia de la comunidad que los padeció.

Cuando quienes padecieron directamente el daño y el menoscabo de sus derechos fundamentales y sus vecinos realizan actividades de intercambio de historias, de explicación popular de las causas, de reivindicación y reconocimiento de las víctimas y sus familias o de difusión de todo lo concluido en un espacio físico concreto y determinado a lo largo de un período de tiempo, ese lugar puede llegar a desempeñar un papel esencial para garantizar el derecho a la memoria (y consecuentemente a la verdad) de la sociedad en su conjunto.

33. JARAMILLO MARÍN, J. 2010: «El imperativo social y político de la memoria». *Revista Colombiana de Sociología*, enero-junio 2010, 33(1): 63 y 64.

34. MERCOSUR (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. *Op. cit.*, 11, 12 y 14.

35. CABRERA SUÁREZ, L. A. *El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación*. *Op. cit.*, 184.

Si los impulsores de la iniciativa y sus conciudadanos utilizan el emplazamiento para elaborar y transmitir los sucesos a un público amplio están cumpliendo con esta misión.

En los casos en los que, además, esos lugares se encuentran situados en los territorios concretos en los que se produjeron las violaciones de derechos humanos, la interacción de víctimas, vecinos y ciudadanos venidos de otras zonas tiene la capacidad de redefinir la memoria en relación con el contexto sociopolítico, cultural y económico del lugar en el que está inserto el sitio.

Así lo ponen de manifiesto la intervención efectuada en un excentro clandestino de detención, tortura y exterminio en Córdoba, Argentina (Espacio para la Memoria, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos Campo de la Rivera)³⁶ y las actividades diseñadas en torno al barrio Yungay de Santiago, Chile³⁷.

La combinación en los encuentros y eventos del objetivo de documentar, acreditar y transmitir las vulneraciones de derechos humanos con el de abordar las situaciones actuales de desigualdad y conculcación de derechos ofrece como resultado un relato que excede de los hechos para entrar a identificar causas y poner las bases para analizar si aún persisten. Un análisis esencial para poder actuar directamente sobre los factores primigenios que motivaron la posibilidad de que se produjera el conflicto y se enquistaran sus violencias.

Estos espacios pueden constituirse en centros de diálogo con capacidad para contribuir positivamente a generar una mejor convivencia y cuestionar los recursos a los que en el contexto del conflicto armado se ha recurrido para la resolución de conflictos.

Iniciativas como la articulada en torno al cementerio La América contribuyen a generar nuevos relatos y a enriquecer con ellos el patrimonio colectivo de la memoria.

Los objetivos que declaran sus impulsores (realización de un ejercicio de activación constante de la memoria a través de un diálogo que contribuya al esclarecimiento del pasado, conocimiento y difusión del pasado mediante la exposición de las vivencias y realidades de sus protagonistas, consecución del empoderamiento comunitario y superación del temor) configuran al cementerio La América no solo como un lugar de duelo y reparación —al que pueden acudir también los deudos de las personas desaparecidas que no disponen de una ubicación a la que ir a recordarlas—, sino también como un espacio de uso público ligado a la promoción de los derechos de los actuales habitantes de la Comuna 13 y de toda la ciudad de Medellín.

36. GARBERO, V. 2019: «Las políticas de la memoria en un centro clandestino de detención, tortura y exterminio: el caso del Espacio para la Memoria, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos Campo de la Ribera (Córdoba, Argentina)». *Revista Digital Nuevos Mundos, Mundos Nuevos*, 19/02/2019. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/75319>

37. *Sitios de memoria Barrio Yungay. Una ruta por la historia para la enseñanza en el aula*. Santiago: Museo de la Memoria y de los Derechos Humanos, 2015. https://ww3.museodelamemoria.cl/wp-content/files_mf/1545402918Yungay.pdf

La utilización de las instalaciones del cementerio La América para realizar actividades de reconstrucción histórica de la violencia desde las historias particulares de los vecinos, así como para establecer encuentros de voces diversas procedentes de la comunidad y de otros sectores de la sociedad, lo instituyen en huella espacial del conflicto en el ámbito urbano. Una expresión de orgullo y pérdida local que otorga un espacio comunitario a la actividad, tradicionalmente privada, de mostrar nuestras memorias³⁸.

El tiempo que lleva en funcionamiento como sitio de la memoria lo ha situado como referente local en la construcción de nuevas narrativas. A través de técnicas como el muralismo y la siembra, los participantes han desarrollado procesos artísticos que visibilizan las historias de vida de personas que descansan en el cementerio y de otras desaparecidas en el contexto de la violencia y han construido, junto con los habitantes de la zona, intervenciones que construyen y alimentan memorias colectivas.

Toda la labor conjunta de víctimas, vecinos y colectivos sociales se ha articulado en torno a estrategias pedagógicas, artísticas, investigadoras y de siembra que han sido calurosamente acogidas por la comunidad de la Comuna 13 y de otras zonas de la ciudad y de la región ayudando a mejorar la convivencia en el entorno y a favorecer la comprensión de los factores que han contribuido a que sea escenario de trágicos acontecimientos³⁹.

2. LA PRECEPTIVA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS LUGARES DE LA MEMORIA HISTÓRICA

Reconocer la transcendencia que estos lugares tienen para la consecución de una paz estable y duradera y reivindicar el valor de las iniciativas que han logrado configurarlos nos lleva necesariamente a considerar indispensable un mecanismo adecuado de identificación, gestión y protección de los sitios de memoria generados por la interacción de víctimas y acción civil.

Ante la percepción de que Colombia no dispone de instrumentos jurídicos adecuados para lograr tal finalidad, comenzaremos por argumentar la existencia de un

38. La conformación del simbolismo y la función del cementerio de La América recuerdan a la generación y objeto del Monumentos a los Caídos (Bolonia, Italia) y al memorial vivo que un grupo de activistas y artistas cívicos crearon en respuesta al Monumento a las Víctimas de la Ocupación Alemana (Budapest, Hungría). El primero surgió de un estallido espontáneo destinado a conmemorar las vidas y las muertes de sus seres amados y el segundo constituye una invitación a hablar del pasado en el que se siguen celebrando actos memoriales populares regularmente. LOWE, K. 2020: *Prisioneros de la historia*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.

39. Descripción conformada a partir de la relación entablada con la asociación AgroArte desde julio de 2019, habiéndose extraído los datos aportados del documento presentado por el Colectivo Galería Viva a la Convocatoria Ministerio de Cultura Poblaciones: Narrativas culturales de los grupos de interés para la construcción de paz y reconciliación.

deber por parte del poder público de promocionar y preservar los espacios memoriales para, a continuación, exponer las conclusiones a las que nos ha llevado el análisis de las normas del ordenamiento colombiano que de un modo u otro hacen referencia a la memoria histórica o a la protección de bienes de especial interés para la comunidad sin articular un mecanismo adecuado que garantice la pervivencia de los lugares de memoria.

2.1. *El deber los Estados de garantizar la disponibilidad y la accesibilidad a los sitios de memoria. El caso de Colombia*

Mercosur, al intentar sistematizar los estándares generales del derecho internacional relativos a los sitios de memoria, considera que su generación y promoción es una herramienta con la que cuenta el poder público para cumplir las que asume como obligaciones del Estado en el ámbito de la verdad, la memoria y la reparación. Un conjunto de responsabilidades que, como expresión de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, se materializa en el «deber de memoria»⁴⁰ que corresponde al Estado.

Y que para el tema que nos ocupa se concreta en el compromiso de los Estados de garantizar la disponibilidad, la accesibilidad y la preservación de los sitios de memoria a través de la articulación de los mecanismos administrativos precisos.

Este compromiso se torna en imposición cuando la Justicia establece la obligación de las instituciones públicas de resguardar ubicaciones que puedan contribuir a la reconstrucción de hechos atentatorios contra los derechos humanos⁴¹. Pero entendemos que también puede ser requerido su cumplimiento en los supuestos en los que se evidencie que los emplazamientos memoriales pueden contribuir efectivamente a la confección de las memorias de un territorio.

El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos de Mercosur así lo entiende cuando propone la necesidad de preservar los sitios más allá del valor probatorio de algunos de ellos al destacar que pueden ser soporte para los trabajos vinculados con la construcción de memorias.

40. Responsabilidad jurídica que tiene su origen en una exigencia ética producto del Holocausto. El llamamiento a prestar testimonio acerca de lo ocurrido en los campos de exterminio surge de la necesidad de sacar a la luz unos hechos cuya ejecución estaba proyectada para no dejar rastros. Poner en conocimiento aquello que se ha pretendido ocultar y evitar que se olvide otorgan un gran valor a la declaración del testigo. Algo que ha suscitado críticas de quienes estiman que «no es conveniente su predominio sobre el análisis objetivo del pasado» y los que advierten acerca de «su utilización indiscriminada». ERICE SEBARES, F. 2008: «Memoria histórica y deber de memoria: las dimensiones mundanas de un debate académico». *Entelequia. Revista Interdisciplinaria*: Monográfico, septiembre 2008, 7: 91 y 92.

41. Redacción Pares, JEP tomaría medidas cautelares en el caso de la Comuna 13, Fundación Paz & Reconciliación, 31 de octubre de 2019. <https://pares.com.co/2019/10/31/jep-tomaria-medidas-cautelares-en-el-caso-de-la-comuna-13/>

Por lo tanto, si conectamos las conclusiones respecto al papel que pueden desempeñar estos espacios en la mejora de la convivencia y la consolidación de la paz en los territorios a través de la colaboración en la generación de sus memorias con las obligaciones asumidas por el Estado colombiano cuando adoptó el Acuerdo Final de paz, colegimos que es responsabilidad de los poderes públicos de Colombia articular un adecuado marco jurídico encaminado a la preservación de los lugares de memoria generados por la interacción de víctimas y colectivos sociales. Puesto que aceptó la necesidad y la pertinencia de abrir espacios que promuevan el reconocimiento de las víctimas y el establecimiento de responsabilidades para que toda la sociedad tenga un efectivo acceso a la historia y explicación de lo ocurrido⁴², no sería coherente que desatendiera las iniciativas que parten de las propias víctimas y de la acción civil trayendo como consecuencia el posible desincentivo de la participación ciudadana.

Además, la rama legislativa del poder público de Colombia consagra en una norma con rango de ley el deber de memoria del Estado al identificarlo en el artículo 143 de la ley de Víctimas con la obligación de «propiciar las garantías y condiciones para que la sociedad, [...], así como los organismos del Estado [...], puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto»⁴³. Un deber entendido como construcción de memoria histórica que, según la interpretación de UPRIMNY SALAZAR, atribuye a cada sección de la sociedad la posibilidad de luchar por la memoria asignando al Estado la responsabilidad de propiciar las garantías y condiciones para que esa labor sea factible.

Entendemos que un instrumento jurídico destinado al reconocimiento y la protección de los sitios de memoria estaría encuadrado dentro de esas garantías.

Una vez reconocido el deber y asumida la responsabilidad de su cumplimiento los poderes públicos tienen principalmente dos opciones:

- Elaborar leyes específicas que incluyan procedimientos y mecanismos destinados a valorizar, identificar y preservar dichos lugares.
- Reformular las leyes de patrimonio cultural, histórico o similares para incluir en ellas una especial protección de los espacios de memoria.

42. «Se requiere abrir espacios para la participación ciudadana más variada y espacios que promuevan el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento y establecimiento de responsabilidades, y el general, el reconocimiento por parte de toda la sociedad de la ocurrido y de aprovechar la oportunidad de la paz», Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016. Introducción, p. 7. <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

43. Ley 1448 de 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

2.2. Evidencias aportadas por el análisis normativo de que la legislación colombiana no incluye normas con capacidad para preservar adecuadamente estos espacios de memoria

Colombia no cuenta en la actualidad con una Ley de Memoria Histórica. Las referencias normativas a este concepto las encontramos en la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas, concretamente en los artículos que van del 142 al 148.

Aunque esta ley y el reglamento⁴⁴ que la desarrolla contienen disposiciones que podemos conectar con el reconocimiento del valor que se atribuye a las acciones de preservación de la memoria histórica y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas lideradas por la sociedad civil o la iniciativa privada y se encomienda a los poderes públicos una serie de acciones encaminadas a generarla, no se refieren a los sitios de memoria ni, por lo tanto, incluyen un mecanismo o procedimiento destinado a su definición, identificación, catalogación y protección.

Ambos documentos componen un corpus jurídico que es preciso comentar puesto que localizamos en ellos artículos cuyo contenido contribuye a la configuración de un marco legal que reconoce en su conjunto la adecuación de las iniciativas impulsadas por el trabajo común de víctimas y colectivos sociales.

De tal modo que, en el contexto del reconocimiento del derecho a la reparación integral que incluye la dimensión simbólica (presente de forma esencial en ámbitos como el que reivindicamos en este informe), hallamos referencias a la participación conjunta (art. 14), a la participación de la sociedad civil y la empresa (art. 33) y a la construcción de monumentos públicos de reparación y reconciliación (art. 139.f), así como la expresión normativa del deber, por parte del Estado, de garantizar la participación de las organizaciones de víctimas y sociales y promover y reconocer las iniciativas de la sociedad civil con enfoque diferencial en materia de memoria histórica (art. 145).

Todo lo cual, estimamos que, en una interpretación global del ordenamiento jurídico colombiano, apoya la pretensión de que se otorgue un reconocimiento concreto y una garantía de pervivencia adecuada —a través de una ley de memoria histórica que incluya estos lineamientos— a los espacios de memoria objeto de este texto.

Conectando el análisis de las normas en las que se incluyen disposiciones dedicadas a la memoria histórica en Colombia con la opción de articular la protección de los lugares de memoria mediante las leyes de patrimonio histórico y cultural, debemos señalar que el artículo 186 del decreto que reglamenta la Ley de Víctimas declara que la memoria histórica es patrimonio público.

Un patrimonio que, sin embargo, encuentra un difícil encaje en la definición de patrimonio cultural de la Nación que incluye la Ley 1185 de 12 de marzo de 2008, por la

44. Decreto n.º 4800 de 20 de diciembre de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011.

cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 —Ley General de Cultura— y se dictan otras disposiciones.

El artículo 1, que modifica el artículo 4 de la Ley General de Cultura de 1997, dispone que el patrimonio cultural de la Nación está constituido (es decir, que podrán ser considerados bienes del patrimonio cultural) por

todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, [...], así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, el arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico.

Aunque, conforme a una interpretación amplia, podríamos argumentar a favor de que los sitios de memoria cumplen con los requisitos de tener un especial interés simbólico, incluso histórico, en el ámbito testimonial, la norma no recoge los matices y especificidades del concepto que organismos internacionales y expertos han denominado «patrimonio de la memoria» o «patrimonios perturbadores»⁴⁵.

Las afirmaciones precedentes deben matizarse a partir de la emisión del Decreto 2358 de 2019 y la inclusión del concepto de Paisajes culturales. Un término que define los territorios producto de la interrelación entre grupos sociales, comunidades o colectivos con su territorio o la naturaleza, referentes a procesos históricos, económicos, sociales, políticos, culturales o espirituales, que ilustran las formas de ocupación y manejo del territorio. Y son, por tanto, factores de identidad, pertenencia o ciudadanía; contienen bienes, manifestaciones o productos y todos aquellos elementos que son expresiones de la identidad cultural y que son representativos de una región claramente definida, e ilustran los elementos culturales esenciales y distintivos. Mediante la valoración y el manejo sostenible de estos lugares se posibilita, de manera efectiva, el goce de los derechos culturales. Entre los 5 tipos que se incluyen en esta categoría, encontramos, por fin, los lugares de memoria (numeral 4 del nuevo artículo 2.4.3.1) definidos como: espacios o sitios donde comunidades o colectividades a través del recuerdo, dan testimonio de su historia, constituyéndolos en hitos o referentes culturales.

A pesar de esta declaración, de que contamos con una definición en la que encajan adecuadamente los espacios objeto de nuestro estudio, seguimos sin tener un procedimiento adecuado para la valoración de solicitudes y la declaración de esta modalidad de bienes del patrimonio cultural.

45. D'OTTAVIO, A. L. 2016: «Apuntes sobre conservación material de sitios de memoria emplazados en CCDTyE de la ciudad de Buenos Aires: desafíos y tensiones». *Revista Cuaderno del IDES, Instituto de Desarrollo Económico y Social*, 32: 60. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/46359>

La cuestión terminológica es importante porque la definición del objeto al que va dirigida la norma determina las características y alcance del modelo de salvaguardia, protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación que establece. Y, aunque Colombia ya tiene definidos normativamente los lugares de memoria, que las aspiraciones sociales, políticas públicas y procesos de memoria no cuenten con una regulación específica e integral supone que la protección que se brinda a los bienes del patrimonio cultural no sea la adecuada para los espacios memoriales.

De este modo, la Ley 1185 de 2008 (de conformidad con el art. 2.3.2.1 del Decreto 1080 de 2015 y modificado por el art. 6 del Decreto 2358 de 2019) propone un Consejo Nacional de Patrimonio Cultural (órgano encargado de asesorar al Gobierno Nacional en cuanto a la garantía y gestión del patrimonio cultural de la nación) en el que entre sus integrantes no se incluye ningún especialista en asuntos vinculados con la memoria del conflicto armado. Antes de la reforma de diciembre de 2019, salvo el presidente de la Academia Colombiana de Historia y el director del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, todos los miembros debían tener un perfil profesional vinculado con las artes plásticas y arquitectónicas, la lengua y el urbanismo. Hoy se incluye a los directores del Archivo General de la Nación, de parques nacionales naturales y del servicio geológico, además de un representante de la sociedad civil a través del programa Vigías del Patrimonio, pero se echa de menos la incorporación del Centro Nacional de Memoria Histórica.

Se agradece la previsión realizada en el párrafo 1.º de la posibilidad de invitar a las deliberaciones del Consejo a funcionarios públicos o particulares representantes de gremios o sectores, así como a sectores de la sociedad civil cuyo concepto se estime necesario en referencia al tema tratado. Sin embargo, no debemos olvidar que estos invitados lo serán a participar con voz, pero sin voto.

El papel de este Consejo es esencial porque la declaratoria, que es competencia del Ministerio de Cultura, exige su previo concepto favorable.

Aunque la norma también prevé que habrá bienes de interés cultural de ámbito departamental, distrital, municipal y de los territorios indígenas y de las comunidades negras, exige para su declaración el previo concepto favorable de Consejos Departamentales y Distritales de Patrimonio Cultural, cuya composición no detalla, pero que no sería extraño que tomara como referente la del Consejo Nacional.

Hasta la aprobación del Decreto de 2019 la normativa colombiana no tenía presente que sus disposiciones pudieran aplicarse a espacios cuyo valor simbólico y testimonial reside en su capacidad para constituirse como ámbitos de reparación para los familiares de desaparecidos que no cuentan con otro elemento material para elaborar sus duelos o que registrarán predios o inmuebles que constituyen mojones de memoria colectiva y sitios de experiencia compartida⁴⁶. Lo que determinaba que no se resaltarán estas cualidades y que, por analogía con los otros elementos integrantes del

46. D'OTTAVIO, A. L. *Apuntes sobre conservación material de sitios de memoria emplazados en CCDTYE de la ciudad de Buenos Aires: desafíos y tensiones. Op. cit.*, 57.

patrimonio cultural, se aplique —todavía hoy— a ellos una protección basada esencialmente en la conservación material de elementos con un valor económico calculable y las medidas de mantenimiento y conservación se limiten a su dimensión material.

Es preciso que el poder público tenga muy presentes las aportaciones que los espacios memoriales realizan a la convivencia y a la paz para que no caigan en la tentación de primar el valor económico que determina su ubicación o los réditos monetarios que podrían derivarse de su posible dedicación a otra función⁴⁷.

La efectiva protección a los lugares objeto de este texto implicaría la obligación de titulares e instituciones de garantizar su perdurabilidad. Una permanencia vinculada a su función memorial que se vería reforzada por la adecuada identificación, explicación y señalización de estos espacios. La garantía jurídica que no hallamos en el ordenamiento colombiano instituiría el deber de las Administraciones Públicas de evitar la remoción o desaparición de los lugares de memoria y les asignaría la tarea de contribuir a que cumplan con su función conmemorativa, didáctica y reparadora a través de adecuadas actividades de promoción física y virtual con el objeto de que sean conocidos y utilizados por los ciudadanos.

No podemos olvidar que, como nos recuerda D'OTTAVIO citando a otros autores, estos lugares son auténticos patrimonios perturbadores (pues su finalidad es recordar atrocidades y conmemorar a sus víctimas) y pueden constituir lo que en el ámbito académico se ha denominado patrimonio hostil; es decir, «una modalidad de referente patrimonial que no busca reforzar identidades a partir de un relato unificado, sino que, por el contrario, nos representa lo que nos resulta incómodo y nos interpela»⁴⁸.

Algo que, sin una ley que incluya el objetivo de evitar los ataques que pueden sufrir estos bienes por parte de teorías revisionistas o negacionistas, puede dejar sin efecto la salvaguarda que ofrece una ley de patrimonio cultural genérica.

Las consideraciones anteriores nos llevan a cuestionar el alcance que tiene la garantía de pervivencia de los lugares de memoria que ofrece una ley general sobre el patrimonio cultural que no incluye un marco específico de regulación para el patrimonio de la memoria histórica.

Además, no podemos olvidar el aspecto técnico, las advertencias acerca de que las leyes de patrimonio cultural no comprenden que la complejidad que caracteriza a

47. Síntesis de la motivación que llevó al Colectivo Agroarte a emprender el trabajo de confección del presente informe. La conciencia de que el temor que tiene el colectivo respecto a la pervivencia del cementerio La América como espacio de memoria sea compartido por los generadores de otras iniciativas similares. La gentrificación del barrio de San Javier y la previsible especulación urbanística que sufrirán los terrenos del cementerio a raíz de la construcción del nuevo campus universitario en los predios de la antigua cárcel conllevan el riesgo de que el valor económico del suelo se incremente notablemente y las razones económicas venzan a las de la memoria y la convivencia.

48. D'OTTAVIO, A. L. *Apuntes sobre conservación material de sitios de memoria emplazados en CCDTyE de la ciudad de Buenos Aires: desafíos y tensiones. Op. cit.*, 60.

los sitios de memoria «involucra metodologías, formas de trabajo, actores y criterios especiales que constituyen una novedad en el trabajo de preservación patrimonial»⁴⁹.

Consecuentemente, proponemos la elaboración de una Ley de la Memoria Histórica que dote a la memoria del conflicto de un marco debidamente estructurado de principios y procedimientos y que incluya en su desarrollo un mecanismo específico para el reconocimiento, la definición, la identificación, la declaración y la garantía de pervivencia de los espacios memoriales. Un marco memorial integrador de políticas públicas y de iniciativas sociales que establezca un procedimiento específico para la declaración de lugares de memoria histórica, prevea y articule la creación de un inventario estatal y territorial y aporte un sistema de protección garantizado por un régimen sancionador que incluya en todas las graduaciones de infracciones descritas la destrucción, menoscabo o deterioro de los declarados como lugares de memoria e, incluso, la realización de intervenciones sin autorización o al margen de lo establecido respecto a su misión y función.

En su defecto, considerando la envergadura de la confección de un marco legal consensuado en torno a la memoria histórica, estimamos muy adecuada la modificación de la Ley General de Cultura, reflejando las especificidades y particularidades de los sitios de la memoria en el régimen de cobijo y protección que diseñe para garantizar su existencia y la persistencia de su función en el tiempo⁵⁰.

2.3. Referencias de derecho comparado

Como respaldo a la idoneidad de emitir normas específicas nos permitimos aportar ejemplos del contexto internacional, seleccionados por la adecuación temática, su calidad técnica y reciente emisión⁵¹.

Así, en diciembre de 2018, la Comunidad Foral de Navarra (España) expidió una ley que establece que la memoria se transmite también a través de los lugares memoriales construidos por familias, asociaciones e instituciones. Una norma a la que atribuye el objetivo de preservar los lugares de memoria, regular su señalización y promover su

49. *Ibidem*, 61.

50. Algo que ya ha hecho la Ley 1185 de 2008 con respecto al patrimonio arqueológico al dedicarle en exclusiva el artículo 3 que reforma el artículo 6 de la Ley General de Cultura.

51. La razón que ha motivado la referencia a estas normas en lugar de las que podemos encontrar en otros países del continente americano como son Argentina y Chile ha sido que según las definiciones de lugares de la memoria que incluyen las normas españolas quedarían amparados por lo dispuesto en ellas los emplazamientos generados o resignificados como sitios de memoria por la acción conjunta de víctimas y comunidades. Algo que no se da en las normas argentinas y chilenas que, por las especiales características de su pasado, se refieren específicamente a los espacios en los que se perpetraron actos de violación de derechos humanos y a aquellos que tienen valor como cantera de elementos probatorios para procesos judiciales.

conocimiento con la finalidad de que operen como instrumentos de recuerdo y transmisión de valores de paz y convivencia.

Por su parte, un año antes, la Comunidad Autónoma de Andalucía se dotó de una ley general de memoria que incluye en el capítulo II del título II dedicado a la Reparación de las víctimas la definición y la articulación de un procedimiento específico de protección de los denominados Lugares y Senderos de Memoria Democrática, por estimar que estos emplazamientos tienen un especial interés como patrimonio histórico por su repercusión en la memoria colectiva.

En 2022 la tarea de reivindicación y protección de la memoria continúa en España. Este año su poder legislativo aprueba una ley de memoria democrática que, con el propósito de consolidar las políticas de memoria, pretende configurar un marco memorial integral. La nueva norma sustituye y supera a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. La completa y mejora, entre otros aspectos, con la inclusión de una sección destinada a la regulación de los lugares de memoria, a los que atribuye una función conmemorativa y didáctica, y que promociona y protege articulando un detallado y específico procedimiento de declaración, creando un inventario como instrumento de publicidad y difusión y garantizando su perdurabilidad, identificación, explicación y señalización adecuada mientras que obliga a las Administraciones Públicas a evitar su remoción o desaparición. Un régimen de protección reforzado por un sistema sancionador que incluye en todos los grados de infracciones previstas la destrucción o menoscabo de los lugares de memoria.

3. CONCLUSIONES

1. Los espacios destinados al recuerdo, la reparación simbólica y la elaboración del relato en los territorios que han surgido por la iniciativa conjunta de víctimas y colectivos sociales son ejemplos de resistencia y se constituyen como auténticos lugares o sitios de la memoria histórica que aportan el valor adicional de ser instrumentos de aliento y canalización de la participación social en la generación de memoria.
2. Teniendo los lugares de la memoria un papel destacado en la construcción de la memoria colectiva que es capital para la realización efectiva de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, que son considerados pilares básicos de la consolidación de la paz, precisan de una protección específica que garantice su pervivencia material y la continuidad de su labor.
3. El deber de memoria de los Estados justifica la articulación de un adecuado marco de protección jurídica para estos lugares.

4. Únicamente una protección de carácter jurídico derivada de la vigencia de normas que contemplen las especificidades y el valor social del patrimonio de la memoria tendrá la fuerza precisa para garantizar su subsistencia y que pueda cumplir efectivamente las funciones asumidas respecto a la consecución de una real reconciliación y el refuerzo y la consolidación de una mejor convivencia.
5. Colombia no cuenta en la actualidad con un marco normativo debidamente desarrollado destinado al reconocimiento y la protección de los lugares de memoria.
6. Es preciso completar el trabajo de confección de una normativa adecuada a ese fin para evitar que los espacios de memoria generados o resignificados por la labor de víctimas y actores de sociedad civil desaparezcan dejando de cumplir su misión.

Con estas recomendaciones finalizaba el informe que el colectivo Agroarte entregó a representantes de la Comisión de la Verdad el 15 de diciembre de 2019 en el cementerio de La América (Comuna 13, Medellín, Colombia)⁵².

En 2022, entre las recomendaciones del Informe Final de la Comisión de la Verdad (Hay futuro si hay verdad. Hallazgos y recomendaciones), encontramos en el apartado dedicado a la memoria (2.4 punto 12) la recomendación de adoptar medidas para garantizar la preservación, la financiación, la construcción y el fortalecimiento de los lugares e iniciativas de memoria y la declaración de nuevos lugares⁵³.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Referencias bibliográficas y de documentos internacionales

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 24 de noviembre de 2016. Introducción, p. 7. <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx> (Revisado a fecha de 12 de septiembre de 2023)

CABRERA SUÁREZ, L. A. 2013: «El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación». *Pensamiento Jurídico*, 2013, n.º 36, enero-abril.

Colectivo Galería Viva, Narrativa Galería Viva, Cementerio La América, zona noroccidental de Medellín. Convocatoria Ministerio de Cultura, Poblaciones, Narrativas culturales de los grupos de interés para la construcción de paz y reconciliación.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición. 2022: *Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia. Hay futuro si hay verdad*. Informe final. Bogotá.

52. El informe fue diseñado y redactado por una de las autoras de este artículo (Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez) a solicitud del colectivo Agroarte.

53. Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No repetición. 2022: *Hallazgos y recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Colombia. Hay futuro si hay verdad*. Informe final. Bogotá, 803 y 804.

- D'OTTAVIO, A. L. 2016: «Apuntes sobre conservación material de sitios de memoria emplazados en CCDTyE de la ciudad de Buenos Aires: desafíos y tensiones». *Revista Cuaderno del IDES*, 2016, Instituto de Desarrollo Económico y Social, 32: 57-76. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/46359> (Revisado a fecha de 12 de septiembre de 2023).
- ERICE SEBARES, F. 2008: «Memoria Histórica y Deber de Memoria: Las dimensiones mundanas de un debate académico». *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, septiembre 2008, Monográfico, 7.
- GARBERO, V. 2019: «Las políticas de la memoria en un centro clandestino de detención, tortura y exterminio: el caso del Espacio para la Memoria, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos Campo de la Ribera (Córdoba, Argentina)». *Revista Digital Nuevos Mundos, Mundos Nuevos*, 19/02/2019. <https://journals.openedition.org/nuevomundo/75319> (Revisado a fecha de 12 de septiembre de 2023).
- Guía presentación informes Comisión de la Verdad. <https://comisiondelaverdad.co/images/guia-presentacion-informes-comision-verdad.pdf> (Revisado a fecha de 12 de septiembre de 2023).
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). 2012: *Principios fundamentales para las políticas públicas sobre sitios de memoria*. Argentina.
- JARAMILLO MARÍN, J. 2010: «El imperativo social y político de la memoria». *Revista Colombiana de Sociología*, enero-junio 2010, 33(1).
- JARAMILLO MARÍN, J. y TORRES, J. P. 2019: *Políticas, espacios y prácticas de memoria. Lugares, centros y museos de memoria: boom global y marcos políticos nacionales. Anotaciones desde Colombia (2013-2015)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universitaria Javeriana.
- JELIN, E. 2002: *Los trabajos de la Memoria*. Madrid: Editorial Siglo Veintiuno.
- LOWE, K. 2020: *Prisioneros de la historia*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- NIÑO, M.; CARREÑO, M.; BUITRAGO, E.; VARGAS, O. y GAITÁN, S. 2020: «Pueblo Nuevo: reconocimiento de sujeto de reparación colectiva». En R. SALAMANCA ÁVILA (ed.): *Sujetos de reparación colectiva y construcción de territorios de paz. Libro I. Comunidades campesinas en Colombia: contextos de guerra y sujetos de reparación colectiva*. Redconpaz-Constes Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PERNASETTI, C. 2009: «Acciones de memoria y memoria colectiva. Reflexiones sobre memoria y acción política». En C. de la Peza (coord.): *Memoria(s) y Política. Poéticas, experiencias y construcción de nación*. Buenos Aires: Prometeo Editores.
- POLLAK, M. 2006: *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones al margen.
- Redacción Pares, JEP tomaría medidas cautelares en el caso de la Comuna 13, Fundación Paz & Reconciliación, 31 de octubre de 2019. <https://pares.com.co/2019/10/31/jep-tomaria-medidas-cautelares-en-el-caso-de-la-comuna-13/> (Revisado a fecha de 12 de septiembre de 2023).
- Resolución 2005/66 sobre «El Derecho de la Verdad» adoptada en la 59.ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 20 de abril de 2005.
- Sitios de memoria Barrio Yungay. Una ruta por la historia para la enseñanza en el aula*. Santiago: Museo de la Memoria y de los Derechos Humanos, 2015.
- UPRIMNY SALAZAR, C. 2012: «La memoria en la Ley de Víctimas en Colombia: derechos y deber». *Anuario de Derechos Humanos*, 2012.

VILA, J.; LONDOÑO, D. y BARRERA, D. 2015: «Reparación de las víctimas de dictaduras, conflictos armados y violencia política en sus componentes de compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición». *El Ágora USB*, 2015, 5(1): 217-240.

4.2. Referencias normativas

Ley 1185 de 12 de marzo de 2008, por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 (Ley General de Cultura) y se dictan otras disposiciones (Colombia).

Ley 1448 de 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones (Colombia).

Decreto n.º 4800 de 20 de diciembre de 2011, por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 (Colombia).

Acto Legislativo n.º 1 de 4 de abril de 2017, por medio del cual se crea un Título de Disposiciones Transitorias de la Constitución para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Colombia).

Decreto 588 de 5 de abril de 2017, por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición (Colombia).

Decreto 2358 de 26 de diciembre de 2019, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1080 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura, en lo relacionado con el patrimonio Cultural Material e Inmaterial.

Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía (España).

Ley Foral 29/2018, de 16 de diciembre, de Lugares de la Memoria Histórica de Navarra (España).

Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (España).

4.3. Referencias de jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Aloeboetoe y otros contra Surinam, Sentencia de 4 de diciembre de 1991.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 19 comerciantes contra Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004.

Aplicación del derecho con perspectiva de género hacia una justicia igualitaria. Un reto para erradicar la violencia contra la mujer en el régimen jurídico de El Salvador

Application of the Law with a Gender Perspective towards an Egalitarian Justice. A Challenge to Eradicate Violence against Women for the Salvadoran Judiciary

Morena Guadalupe QUINTANA MARXELLY

Universidad de Salamanca

Doctoranda del programa de Doctorado en «Administración de Justicia, Hacienda y Estado Social» de la Universidad de Salamanca y doctoranda en Derecho e investigadora de la Universidad Americana de Managua, UAM (Nicaragua). Máster en Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Comercio Internacional. Investigadora y conferencista nacional e internacional en materia de justicia y género

<https://orcid.org/0000-0003-4633-8771>

idu042002@usal.es

Recibido: 27/05/2023

Aceptado: 02/11/2023

Es preciso juzgar con perspectiva de género, porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales [...] porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres.

(MEDINA, 2016, p. 3)

Morena Guadalupe QUINTANA MARXELLY
Aplicación del derecho con perspectiva de género
hacia una justicia igualitaria. Un reto...

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Diciembre 2023, 83-114
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

Resumen

Esta investigación tiene como propósito reflexionar sobre la importancia de aplicar la justicia con perspectiva de género a la luz de los estándares constitucionales y supranacionales de derechos humanos ante los problemas jurídicos globales que sufren históricamente las mujeres por razón de su género. Buscando desde la aplicación de la ciencia del derecho, la utilización del «género» como categoría de análisis y «la perspectiva de género» como metodología jurídica vinculante al principio de igualdad efectiva y no discriminación. Esperando que el Derecho y la justicia sirvan de esperanza para las mujeres víctimas de la violencia de género.

El artículo trata de la investigación académica en el campo de la ciencia del derecho desde un enfoque interdisciplinar vinculando los estudios de género con el derecho procesal para abordar la problemática jurídica de la violencia de género en el contexto del régimen jurídico de El Salvador, principalmente en el ámbito del derecho penal y procesal, que sufren las mujeres y sus familias. Todo según este estudio por la carencia de una figura jurídica o un protocolo de actuación judicial en los casos de violencia de género que establezca una metodología de análisis del fenómeno jurídico, a fin de incorporar la perspectiva de género como criterio hermenéutico con enfoque hacia la tutela judicial efectiva de los derechos de la mujer.

Concluye este estudio con la presentación de algunas propuestas de *lege ferenda* para incorporar la perspectiva de género en las sentencias a fin de fortalecer los marcos jurídicos de los derechos fundamentales de la mujer, en vías de la materialización del derecho a la igualdad en las decisiones jurisdiccionales. Así como el uso de herramientas procesales para la prevención y el tratamiento de la violencia de género en el ámbito jurídico. Siendo esta una materia relevante en la vida de las mujeres y sus

Abstract

The purpose of this research is to reflect on the importance of applying justice with a gender perspective in light of constitutional and supranational standards of human rights in the face of the global legal problems that women historically suffer due to their gender. Searching from the application of the science of Law, the use of «gender» as a category of analysis and «the gender perspective» as a legal methodology binding on the principle of effective equality and non-discrimination. Hoping that Law and justice serve as hope for women victims of gender violence.

The article deals with academic research in the field of legal science from an interdisciplinary approach, linking gender studies with procedural law to address the legal problem of gender violence in the context of the legal regime of El Salvador, mainly in the area of criminal and procedural law suffered by women and their families. According to this study due to the lack of a legal figure or a protocol for judicial action in cases of gender violence that establishes a methodology for analyzing the legal phenomenon, in order to incorporate the gender perspective as a hermeneutical criterion with a focus on protection. effective judicial protection of women's rights.

This study concludes with the presentation of some *lege ferenda* proposals to incorporate the gender perspective in sentences in order to strengthen the legal frameworks of the fundamental rights of women, in the process of materializing the right to equality in jurisdictional decisions. As well as the use of procedural tools for the prevention and treatment of gender violence in the legal field. This is a relevant matter in the lives of women and their families in the search for gender equality.

In this way, the Salvadoran Administration of justice today has great challenges in the face of global legal problems to offer

familias en la búsqueda de la igualdad de género.

De esta manera, la Administración de justicia salvadoreña tiene hoy grandes retos ante los problemas jurídicos globales para ofrecer soluciones con prácticas judiciales inclusivas como instrumentos de gobernanza, para así afirmar y proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación. Todo con el propósito de contribuir en la investigación y transferencia del conocimiento en materia de igualdad de género y para garantizar la protección de los derechos de las históricamente discriminadas: las mujeres.

Por tanto, es del interés de esta autora que este artículo sirva para que se logre visualizar en el ámbito jurídico que los prejuicios discriminatorios y la violencia contra las mujeres son una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres.

Palabras clave: Justicia de El Salvador; metodologías género sensitivas; igualdad efectiva; discriminación; perspectiva de género.

solutions with inclusive judicial practices as instruments of governance, in order to affirm and protect the right of women to a life free of violence and discrimination. All with the purpose of contributing to research and transfer of knowledge on gender equality and to guarantee the protection of the rights of those historically discriminated against: women.

Therefore, it is in the interest of this author that this article serves to visualize in the legal field that discriminatory prejudices and violence against women are an offense to human dignity and a manifestation of historically unequal power relations. between women and men.

Keywords: Justice of El Salvador; sensitive gender methodologies; effective equality; discrimination; gender perspective.

Un juez dotado de racionalidad y libre de prejuicios puede establecer la verdad de los hechos [...] Esto es evidente si se piensa en que la finalidad del proceso no solo es resolver las controversias, sino resolverlas con decisiones justas.

(TARUFFO, 2013, p. 38)

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué significa aplicar justicia con perspectiva de género? 2.1. ¿Qué es la metodología género sensitiva? 3. Delitos de violencia contra la mujer reconocidos en el contexto del derecho de El Salvador. 3.1. ¿Cuál es el derecho aplicable en los casos de los delitos de violencia contra la mujer en el contexto jurídico salvadoreño? 3.2. ¿Cuáles son los criterios jurídicos en el ámbito penal para considerar si en un caso concreto se configura el delito de violencia contra la mujer? 3.3. ¿Cuáles son los efectos perjudiciales de los estereotipos de género en materia de justicia? 4. Protocolos para la actuación judicial con perspectiva de género. 4.1. ¿Cuáles son los elementos comunes en protocolos para juzgar con perspectiva de género en el Sistema Interamericano? 5. ¿Por qué es importante juzgar con perspectiva de género? 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del derecho con perspectiva de género para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de la mujer hacia una justicia igualitaria es un reto del poder judicial para erradicar la violencia contra la mujer. Con esta investigación se pretende aportar al conocimiento científico a través del estudio de la ciencia del derecho, reflexionando sobre las tensiones que se presentan en todo el proceso judicial principalmente en la valoración de la prueba, provocadas según se evidencia en este estudio por decisiones judiciales permeadas con estereotipos y prejuicios de género, mismos que obstaculizan el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso de las mujeres víctimas de violencia de género.

Con la aplicación de la justicia con perspectiva de género, a la luz de los estándares constitucionales y supranacionales de derechos humanos, se pretende proteger a las nuevas generaciones de mujeres y hombres ante los problemas jurídicos globales en materia de desigualdad frente a los tribunales con propuestas de *lege ferenda* frente a la discriminación y a los estereotipos de género presentes en el ámbito jurídico que sufren históricamente las mujeres por razón de su género.

Pretendiendo abordar un problema tan complejo sobre cómo aplicar el derecho con perspectiva de género desde un enfoque del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para garantizar el debido proceso en los casos de violencia contra la mujer, con decisiones judiciales sin estereotipos de género. Siendo que históricamente la recolección y valoración de la prueba en estos delitos ha estado permeada por sesgos discriminatorios. Aunado con la influencia de determinados patrones culturales androcentristas en las decisiones judiciales.

La pertinencia de esta investigación se sustenta por el déficit de los estudios en el contexto nacional que razonen y propongan soluciones a un problema sociojurídico sensible que afecta a la mujer en todas sus etapas de vida como consecuencia de patrones culturales patriarcales y machistas, estereotipos de género culturalmente aceptados que discriminan y violentan sus más fundamentales derechos.

En efecto el uso de estereotipos de género en la argumentación jurídica además de vulnerar los derechos fundamentales de las justiciables, atenta contra el principio de imparcialidad judicial.

Es así que el problema científico que se aborda es que en la Administración de justicia penal de El Salvador, España e Iberoamérica, en particular al conocer los delitos de violencia contra la mujer, se identifican fragilidades en las decisiones judiciales en todo el proceso judicial que vulneran los derechos fundamentales de la mujer tanto en la aplicación como en la interpretación del derecho: desde la investigación, la calificación del delito, la valoración de la prueba y el fallo judicial.

Por tanto, es indispensable una metodología que permita que quienes imparten justicia sean capaces de tipificar los delitos de violencia contra la mujer, así como interpretar y valorar las pruebas en las sentencias, para adoptar decisiones judiciales equitativas y garantizar los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes.

Al respecto quiero referirme a la relevancia en los casos de violencia contra la mujer al valorar la prueba, de la utilización por las personas juzgadoras del examen de proporcionalidad, que es una de las herramientas procesales que permite visibilizar los prejuicios tanto propios del caso como normativos, para superarlos en las decisiones que competen al ámbito jurisdiccional.

Por lo cual esta autora propone abordar esta problemática tan compleja desde la interdisciplinariedad, vinculando la ciencia del derecho con estudios de género utilizando fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legislativas en materia de justicia, género y derechos humanos, con el fin de superar el predominio de la concepción positivista-formal en el derecho de la dogmática jurídica tradicional, así como el aislamiento de los estudios jurídicos del resto de las ciencias sociales que impiden enfoques globales a los problemas jurídicos actuales hacia una justicia más equitativa y considerando que la violencia contra la mujer sigue siendo uno de los flagelos que más persiste contra más de la mitad de la población del país (MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA DE EL SALVADOR, 2021, p. 9).

Para el abordaje del problema, se determina como objetivo: analizar desde el derecho de precedentes la normativa, la jurisprudencia y el derecho comparado sobre los criterios legales que deben seguirse para aplicar justicia con perspectiva de género a la luz de los estándares constitucionales y convencionales sobre derechos humanos de las mujeres a fin de que puedan ser aplicados en la práctica judicial de El Salvador y que colaboren con erradicar la violencia y discriminación contra la mujer.

En atención a lo planteado surge lo novedoso de este estudio para buscar respuestas a la pregunta de investigación sobre cómo aplicar justicia con perspectiva de género en el contexto jurídico salvadoreño para enfrentar los problemas jurídicos globales y evitar decisiones judiciales sesgadas con prejuicios de género, las cuales vulneran los derechos humanos de las mujeres.

En búsqueda de las soluciones a la contradicción científica, se retoma en esta investigación la perspectiva de género no como una ideología, sino como un instrumento de análisis (CÉSPEDES, 2011, p. 20), considerando que la teoría de género es una disciplina de surgimiento reciente y la misma, según hallazgos preliminares de este estudio, es una condición necesaria en la labor hermenéutica actual.

Por igual la categoría género es relevante en esta investigación, al respecto se retoman los estudios de MEDINA, quien postula que el género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y, en definitiva, para decidir un caso, ya que si no se parte de entender el concepto de género no se pueden comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo (MEDINA, 2016, p. 3).

Resultando por lo antes citado que el género es una categoría útil para el análisis del fenómeno jurídico, de construcción relativamente nueva y generalmente mal comprendido o ignorado. Ya que el género es una categoría compleja puesto que tiene elementos constitutivos de relaciones sociales-culturales y de relaciones significativas

de asimetrías de poder, inmersas en un ambiente donde prevalece la cultura androcentrista.

Así la importancia del presente artículo es la de reconocer que, a pesar de que la mayoría de Estados de la región centroamericana, entre ellos El Salvador, cuentan con instrumentos jurídicos nacionales y supranacionales para proteger los derechos fundamentales de la mujer, a la hora de aplicarlos se ignora la perspectiva de género y el problema de desigualdad de género y discriminación contra la mujer en el ámbito jurídico persiste.

Por lo que esta autora sostiene la hipótesis de que, en el contexto del derecho salvadoreño, el problema no es de leyes, sino de aplicación de la ley. Surgiendo así la necesidad de la formación y la especialización de las autoridades judiciales ante el déficit formativo en materia de violencia de género, con lo cual se contribuiría a una tutela judicial efectiva en la protección de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género.

Al respecto, autoras como DEL POZO PÉREZ (2023), de la cual esta autora suscribe, quien ha planteado la necesidad de incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales en los casos de violencia contra la mujer, así como ha identificado el déficit formativo de aquellas personas llamadas a intervenir en la investigación de estos tipos delictivos, así:

De esta manera si utilizamos la perspectiva de género en el análisis del caso, tanto en la toma de declaración de la víctima como en el resto de diligencias, contribuiremos a la protección más efectiva de las supervivientes de violencia de género y a que consigan la tutela judicial efectiva del sistema. (DEL POZO PÉREZ, 2023, p. 16)

Evidenciándose con lo antes citado que la perspectiva de género debe aplicarse en la impartición de justicia ya que permite identificar las relaciones desiguales de poder y facilita el acceso a la justicia y al debido proceso para erradicar los estereotipos de género en la interpretación y aplicación judicial hacia la igualdad.

Asimismo, es una obligación *erga omnes* la cual alcanza a todos los órganos del Estado, fundada en los compromisos internacionales asumidos al ratificar los tratados internacionales que promueven la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos.

Por igual se evidencia que la violación de los derechos de las mujeres no se deriva únicamente del texto de la ley, sino también de la interpretación, los contenidos, los razonamientos y las valoraciones que les atribuyen las personas que aplican el derecho.

El análisis anterior nos indica que resulta necesario en los casos de los delitos de violencia de género contar con una herramienta básica del razonamiento probatorio que incorpore como categoría de análisis el género y que sirva para traducir la normativa internacional en realidades para las mujeres que sufren violencia y evidenciar el compromiso del Estado con la justicia, ante la persistencia de normas, teorías y prácticas jurídicas permeadas con estereotipos discriminatorios hacia la mujer en los casos de delitos de violencia de género, lo cual vulnera los derechos fundamentales de las justiciables y sus familias.

En contraste, en este estudio se propone la tesis de que para atender esta problemática es necesario considerar en el poder judicial la creación a través de *lege ferenda* de una figura legal, de un protocolo de actuación que funcione como una herramienta jurídica que permita unificar la perspectiva de género en todo el proceso judicial; que la misma integre una metodología que establezca los criterios jurídicos en el ámbito penal para aplicar justicia con perspectiva de género desde la configuración del delito, la valoración de la prueba y el fallo judicial en los casos concretos de violencia contra la mujer.

Probablemente, los derechos fundamentales de la mujer serían mejor respetados, porque las personas operadoras de justicia dispondrían de instrumentos jurídicos útiles para interpretar los hechos de una manera objetiva y sin estereotipos discriminatorios al momento de tomar la decisión judicial para garantizar el debido proceso en el abordaje de la interseccionalidad que representa esta materia.

Se utilizan en este artículo la metodología de investigación sociojurídica de VILLABELLA (2016) y el método de derecho comparado del doctor PEGORARO (2016) para analizar la realidad en la que la autora se desempeña: El Salvador, así como también se retoman experiencias de otros contextos legales del Sistema Interamericano como México, Cuba, Chile, Argentina, Colombia, Guatemala y Nicaragua, entre otros.

Los contextos jurídicos antes citados han profundizado en una nueva tendencia jurisprudencial sobre cómo impartir justicia con perspectiva de género, denominadas por algunos «metodologías género sensitivas», para estandarizar a través de protocolos de actuación los criterios jurisprudenciales para juzgar con perspectiva de género; propuesto como un instrumento práctico para concretar la perspectiva de género hacia la igualdad efectiva.

Es así que esta investigación utiliza como fuente de derecho de precedentes la jurisprudencia género sensitiva para incorporar a este estudio importantes razonamientos de la Corte IDH, para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de la mujer.

Algunos de estos precedentes son: el Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú (Corte IDH, 2006b); El Campo algodónero (2009); caso Ramírez Escobar Vs. Guatemala (2018); caso Velásquez Paiz vs. Guatemala (2015); caso Flor Freire vs. Ecuador (2016); caso Espinoza González vs. Perú (2014); caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua (Corte IDH (2018a), y caso Manuela y otros vs. El Salvador (2021), entre otros.

En todas estas sentencias encontramos respuestas abrumadoras: todas las mujeres y niñas fueron discriminadas y los respectivos sistemas nacionales de justicia actuaron con toda su fuerza para perpetuar dicha desigualdad. Asimismo, estas sentencias han sentado importantes precedentes que alumbran la labor judicial local, orientando la metodología de análisis con perspectiva de género.

En función de lo antes citado, algunas autoras como FACIO, entre otras, las han denominado metodologías jurídicas «género sensitivas», utilizadas para juzgar con perspectiva de género, misma que pretenden poner las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad (FACIO, 2004, p. 5).

En referencia a la «jurisprudencia género sensitiva» impulsada desde algunos contextos del Sistema Interamericano, en derecho comparado observamos relevante lo argumentado por la CORTE CONSTITUCIONAL DE BOGOTÁ COLOMBIA (2020) en Sentencia T-344/20 de la Sala Tercera de Revisión, afirmando sobre la necesidad de la aplicación del Derecho con perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer, así:

En el marco de las funciones jurisdiccionales transitorias que les son propias, los conciliadores en derecho, al igual que los jueces y demás autoridades del Estado que tienen asignadas funciones judiciales, no pueden actuar al margen de la aplicación de la perspectiva de género y, menos aún, en temas relacionados con asuntos de familia, pues, como se ha dicho, en el hogar es donde lamentablemente la violencia contra la mujer encuentra el escenario propicio para su ocurrencia. (CORTE CONSTITUCIONAL DE BOGOTÁ COLOMBIA, 2020, p. 1)

En efecto, utilizar la perspectiva de género como método de análisis es como ponerse lentes y visualizar las relaciones asimétricas, los prejuicios y patrones estereotipados por razón de género.

Por otra parte, conviene decir que, en el contexto jurídico salvadoreño, se cuenta con un marco supranacional suficientemente amplio y que el derecho interno posee un cuerpo normativo robusto para la protección de las mujeres en situación de vulnerabilidad frente a la discriminación y la violencia. Por ello, esta autora argumenta que el problema jurídico se provoca por la ineficacia en la interpretación de las formulaciones del derecho.

En función de lo anterior, esta investigación ha encontrado que en la práctica jurisdiccional de El Salvador se observan en los casos de violencia contra la mujer decisiones judiciales permeadas de estereotipos de género, las cuales son discriminatorias hacia las mujeres, que proceden de procesos de investigación deficientes.

Por igual se observa que involucran a instancias que abarcan desde la Policía, Fiscalía, procuradores, defensores, así como todos los actores que participan en el proceso en donde se evidencia la ineficacia en la debida diligencia y en la tutela judicial efectiva, para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación.

Para tal efecto y como lo señala la Convención de Belém do Pará, la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es también «una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres»; la cual «trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases» (ONU, 1979, Preámbulo).

Por lo anterior podemos afirmar que la violencia contra las mujeres es una de las violaciones más generalizadas de los derechos humanos y reconocida como un problema social a nivel mundial.

En palabras de CARNERO, argumentos que esta autora suscribe, la igualdad de género debe estar en el centro mismo de los derechos humanos y los valores de las Naciones Unidas. El mismo es un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por los dirigentes del mundo en 1945, es «derechos iguales para hombres y mujeres» y la protección y el fomento de los derechos humanos de las mujeres como responsabilidad de todos los Estados (CARNERO, 2022, p. 1).

Desde esta perspectiva debe ponerse de manifiesto que, a pesar que en todo el *corpus iuris* de los derechos de la mujer se consagra el principio de igualdad y no discriminación y, adicionalmente, algunos definen de diversa forma los conceptos de discriminación y violencia contra la mujer, así es como se ubican los estándares internacionales para administrar justicia en clave de género.

No obstante, a pesar de las diferentes estrategias para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, esto no ha parado las muertes de mujeres ni las diferentes manifestaciones de delitos de violencia por razón de su género.

Hasta aquí lo dicho, esta autora afirma que, ante las brechas de género existentes en las normas vigentes, jurisprudencia y doctrina del contexto jurídico salvadoreño, es necesario contar con un protocolo de actuación que contenga los criterios teórico-prácticos y que contribuya a la eliminación de la discriminación por estereotipos de género y de manera particular, con el fin de que sirva de guía de actuación para quienes interpretan y aplican el derecho y así garantizar la plena realización del principio de igualdad y no discriminación con observancia de otros principios fundamentales como los de la justicia, independencia e imparcialidad. De lo que se trata es de frenar esta problemática.

Por igual, lo que se pretende con esta contribución es dotar de las herramientas jurídicas con perspectiva de género para facilitar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad hacia la tutela judicial efectiva de los derechos de las niñas, mujeres y adolescentes.

El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano, en un juez comunitario, en un auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. En este sentido, la responsabilidad se encuentra del lado del poder judicial.

Dando así como resultado, en palabras de FERRER MAC-GREGOR (2010), que la judicatura nacional se convierte en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva «misión» que ahora tienen para salvaguardar el *corpus iuris* interamericano a través de este nuevo control; voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR POISOT en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010 (párr. 24).

Además de lo antes descrito se evidencia en este artículo que, a pesar de contar los contextos jurídicos en estudio con marcos legales suficientemente protectores de

los derechos de la mujer en la respuesta a la violencia de género, este flagelo continúa siendo una amenaza a los derechos humanos, la salud pública, la seguridad ciudadana y la autonomía física, política y económica de un sector históricamente discriminado: las mujeres.

Resultando según hallazgos de este estudio que todavía persisten normas, teoría y prácticas judiciales permeadas con estereotipos de género hacia la mujer, y que la ineficacia judicial propicia un ambiente de impunidad que promueve la repetición de estos hechos, ya que las soluciones a esta problemática tan compleja continúan en el papel, sin traducirse a la práctica. Aunado a lo antes expuesto, agrega la CIDH (2017) que se observa un alarmante patrón de impunidad sistemática que envía el mensaje social de que la discriminación y la violencia contra las mujeres son toleradas.

Por tanto, se trata de inspirar a nuestras nuevas generaciones de juristas, hombres y mujeres, para que se aborde adecuadamente esta problemática tan sensible y tan poco atendida. Por ello, se pone de relieve en esta investigación la necesidad de robustecer las capacidades formativas de las personas que imparten justicia, así como presentar propuestas de *lege ferenda*, para brindar importantes alternativas a las víctimas de la violencia de género y sus familias.

En opinión de esta autora, se hace imprescindible reconocer ante el fenómeno que nos ocupa que el desafío para el poder judicial es la incorporación de la perspectiva de género al derecho, como una respuesta a la grave problemática de violencia de género que a diario sufren las mujeres, adolescentes, niñas y sus familias frente al machismo de sus agresores. Lo que se trata es de la construcción de una realidad en donde el derecho y la justicia sirvan como el principal instrumento de paz y de seguridad jurídica para las mujeres salvadoreñas y sus familias.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA APLICAR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Es un criterio de análisis e interpretación en el ámbito de la Administración de justicia de relativa reciente aparición, que combina los saberes del derecho procesal con los estudios de género. Es decir, la aplicación de justicia con perspectiva de género utiliza la teoría de género para aplicar correctamente el principio de igualdad entre las partes ya que, a partir de la explicación de las diferencias específicas entre hombres y mujeres, se visibiliza tanto la forma en que unos y otras enfrentan una problemática concreta, así como los efectos diferenciados que producen en unos y en otras ciertas normas.

Al respecto en esta investigación se retoman estudios a cargo de autoras como DE GOUGES (1791), DE BEAUVOIR (1951), LAGARDE (1996), LAMAS (1996), FACIO (2004), FIGUERUELO (2012), MEDINA (2016), POYATOS MATAS (2019), KEMELMAJER DE CARLUCCI (2019), GONZÁLEZ y PÉREZ (2021), CARNERO (2022) y DEL POZO PÉREZ (2023), entre

otras autoras que han realizado aportes significativos a la teoría del género vinculándola a la ciencia del derecho, perspectiva que comparto.

Los estudios antes referidos, generados en el ámbito de las ciencias sociales, han provocado también un reflejo y receptación en las ciencias jurídicas y, dentro de ellas, en el derecho procesal penal que es el objeto directo de estudio de esta investigación.

Así, en palabras de POYATOS MATAS, juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género; y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda equitativa ante situaciones desiguales de género (POYATOS MATAS, 2019, p. 7).

Por igual, FACIO sostiene que la teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que esta generalmente implica reconceptualizar aquello que se está analizando (FACIO, 2002, p. 85).

Así las doctoras GONZÁLEZ FERRER y PÉREZ postulan que la argumentación con perspectiva de género es el procedimiento que dota de herramientas a quien dirime una situación conflictual para la detección de posibles condiciones de violencia, discriminación o vulnerabilidad (GONZÁLEZ y PÉREZ, 2021, p. 62).

De lo antes expuesto para dar respuesta a la pregunta que da pie a este acápite, esta autora afirma que «Juzgar con perspectiva de género» es una metodología de análisis jurídico de aplicación e interpretación de las normas genéricas y convencionales de protección de derechos humanos reforzado para las mujeres niñas y adolescentes vinculante a la justicia equitativa. Se trata de un método de traslación y aplicación del principio de igualdad y de los estándares jurídicos constitucionales y supranacionales de protección reforzada para poblaciones en situación de discriminación para ser aplicado e interpretado en todas las normas, procesales y sustantivas.

Al respecto se estima que es necesario incorporar herramientas, criterios judiciales para que las personas que imparten justicia comprendan las categorías «mujer», «sexo» y «género», «estereotipos», ya que carecen de una significación unívoca, y, en múltiples usos, ellas expresan concepciones teóricas bien diferenciadas y muchas veces antagónicas.

Me refiero a disponer de una guía que contenga los conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género y que sirvan para valorar la prueba correctamente y así dictar una sentencia justa y acorde a derecho.

En derecho comparado se observa que en el ordenamiento jurídico argentino en los casos de violencia contra la mujer se establece que la «Perspectiva de género» es una variable de análisis que permite ver a las personas en su contexto superando los estereotipos que provocan discriminación y desigualdad entre varones, mujeres y personas LGBTI + (GOBIERNO DE ARGENTINA, 2021, p. 3).

En efecto, cuando se habla de administrar justicia con perspectiva de género se hace alusión a una herramienta de interpretación necesaria para enfocar los conceptos

de discriminación y violencia contra la mujer mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados.

Muy de acuerdo con lo sostenido por ARCE (2006), quien identifica las relaciones de desigualdad entre géneros como la pieza clave de la violencia doméstica y sexual contra la mujer. Ya el contexto cultural específico desempeña un papel importante en la definición de los mecanismos por los que la desigualdad de género y otros factores influyen en la violencia (ARCE, 2006, p. 88).

Así pues, juzgar con perspectiva de género facilita a las personas juzgadoras la aplicación y la interpretación del derecho con los lentes del género permite revisar las normas, sentencias, en fin, el derecho en general, y visibilizar los estereotipos de género en las labores de investigación, persecución, valoración de la prueba y el fallo judicial en los procesos de casos de violencia contra la mujer. Es evidente que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no solo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos.

En resumen, en este apartado si no se parte de entender el concepto de género no se pueden comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de ser mujeres. Por tanto, los estudios antes referidos sobre la teoría de género han sido construidos en el ámbito de las ciencias sociales y han provocado un impacto tanto en las ciencias jurídicas en general como en el derecho procesal en particular, lo cual es el objeto directo de estudio de este artículo. Ciertamente es que considerar las teorías de género es una condición necesaria en la labor hermenéutica actual.

2.1. *¿Qué es la metodología género sensitiva?*

Es una metodología de análisis que vincula la teoría de género con la ciencia del Derecho y que sirve como principal herramienta para las personas que imparten justicia para incorporar la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del derecho en la administración de justicia hacia la protección más efectiva de las supervivientes de violencia de género y a que consigan la tutela judicial efectiva del sistema.

Al respecto el SUPREMO TRIBUNAL DE JUJUY, Argentina (2019, parr. VI.1), sostiene que el género es una construcción sociocultural e histórica, de estereotipos, roles sociales, comportamientos, actitudes y atributos que se les asignan a hombres y a mujeres. Al hablarse de género nos remitimos a una categoría relacional, se trata de una construcción social. En tanto el género se diferencia del sexo, ya que el primero es lo culturalmente construido, pero el segundo es lo biológicamente dado.

En función de lo anterior las perspectivas género sensitivas, o perspectivas de género como se conocen más comúnmente, no pretenden sustituir la centralidad del hombre por la centralidad de la mujer, aunque partan de una mirada que corresponde a la experiencia de un sujeto específico. Pretenden poner las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad (FACIO, 2004, p. 5).

En este sentido, soy partidaria del empleo de la metodología género sensitiva para el análisis del fenómeno jurídico ya que utiliza la transversalización del género en todo el proceso judicial, desde la tipificación del delito, la valoración de la prueba y el fallo judicial.

Por igual, el género como categoría permite el análisis de los principios de actuación y la discriminación indirecta, a partir de la igualdad, la independencia y la imparcialidad, visualizando los posibles escenarios de las categorías sospechosas de discriminación, lo que conduce a la identificación de fórmulas de protección a las personas con vulnerabilidad desde las normas procesales.

Al respecto, FIGUERUELO (2012) afirma que la perspectiva de género es la clave para aplicarse en la impartición de justicia, argumentando que entender el derecho con perspectiva de género exige comprender que solo se conseguirá la igualdad cuando las normas jurídicas sean elaboradas teniendo en cuenta la suma de los géneros (igualdad material) y no cuando se tienen reconocidos en el marco normativo los mismos derechos a las mujeres y a los hombres (igualdad formal). Solo así conseguiremos un nuevo concepto de mujeres y hombres, con funciones propias en la sociedad y en la familia, así como en sus relaciones recíprocas indicando que:

La perspectiva de género y la transversalidad deben ser entendidas como un medio para promover los derechos de las mujeres y como un instrumento para movilizar de forma clara y precisa el conjunto de las acciones políticas hacia la consecución de la igualdad real y efectiva. (FIGUERUELO, 2012, pp. 59-76)

En función de lo antes planteado, se evidencia en este estudio que lo que se pretende con la utilización de la metodología género sensitiva es dotar a las juezas y jueces de herramientas para enfrentar las afectaciones a los bienes jurídicos protegidos de la mujer, tales como la dignidad humana, la vida, la integridad y la protección de los derechos de la mujer en situación de vulnerabilidad. Así como son el derecho a la igualdad y no discriminación, el acceso a la justicia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, mismas que perturban el Estado social de derecho.

Por igual, relevante es considerar que, según las teorías de género, en las voces de FACIO (1999), LAGARDE (1996), MEDINA (2016), POYATOS MATAS (2019), KEMELMAJER DE C. (2019), GONZÁLEZ y PÉREZ (2021), mismas que esta autora suscribe, y según el derecho comparado, resulta que el no incorporar el género en la aplicación del derecho tiene muchos efectos como la invisibilización de las necesidades y las vivencias de las mujeres, la obstaculización del acceso a una justicia igualitaria, la persistencia de estereotipos patriarcales, la impunidad de los agresores, la revictimización, la denegación de justicia a las sobrevivientes de violencia. Siendo la más grave la que impide a los tomadores de decisión, ya sean políticos, legisladores o juristas, ver la realidad del problema en toda su complejidad (QUINTANA MARXELLY, 2023).

En función de lo antes planteado, se evidencia en esta investigación que, tanto en la aplicación como en la interpretación del derecho, se debe tomar en cuenta el contexto donde se han desarrollado los hechos, así como los niveles de riesgo de sufrir

violencia por parte de la pareja, colegas de trabajo, parientes, profesores o autoridades educativas que ejercen poder sobre la víctima.

Considerando que la igualdad entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del que todo juzgador y toda juzgadora ha de partir como estándar normativo aplicable en toda resolución o sentencia porque además así lo establece la propia ley. Por tanto, la perspectiva de género como metodología de análisis debe aplicarse aun cuando las partes involucradas en un caso concreto no la hayan incorporado en el proceso, y la misma no se entiende si no es vinculada al principio de igualdad y no discriminación.

Ya que el criterio hermenéutico para discernir si en un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género, es la existencia de situaciones asimétricas de poder, así como contextos de desigualdad estructural basados en el sexo o las preferencias sexuales de las personas.

La obligación de juzgar con perspectiva de género excede el ámbito del derecho penal o de familias, siendo por la naturaleza de estos delitos la valoración de la prueba uno de los aspectos más controversiales en los litigios de los delitos de violencia contra la mujer en tanto se debe de colocar en el centro de todo el proceso a la víctima.

3. DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER RECONOCIDOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE EL SALVADOR

En el contexto del derecho de El Salvador, la definición de violencia contra la mujer se encuentra reconocida en el considerando de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV), definida como una violación de derechos humanos, un problema de salud pública y de seguridad ciudadana. Misma que afecta no solo a las víctimas directas que reciben violencia, sino a sus familias.

Considerando que las violaciones de los derechos humanos tienen un impacto diferenciado según el género de las víctimas. Ya que toda agresión perpetrada contra una mujer está directamente vinculada con la desigual distribución del poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad (ASAMBLEA LEGISLATIVA, 2011a).

Es así que en El Salvador existe un conjunto de cuerpos normativos que tipifican delitos contra la mujer. En primer lugar, el Código Penal (1997), en cuyo libro segundo se encuentra un aproximado de cien formas de delitos de violencia contra la mujer, comprendidos desde los delitos relativos a la vida; a la integridad personal; los referidos a la vida del ser humano en formación; aquellos que lesionan la autonomía personal, la libertad sexual, el honor y la intimidad; los delitos relativos a las relaciones familiares, y, finalmente, aquellos delitos contra la humanidad entre los que se encuentra la práctica de la tortura (ASAMBLEA LEGISLATIVA. REPÚBLICA DE EL SALVADOR, 1997, Libro segundo).

Asimismo, en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV) se encuentran tipificados 11 delitos de violencia contra la mujer, incluido el feminicidio en el art. 45, entre otros (ASAMBLEA LEGISLATIVA, 2011a).

De lo anterior, esta autora ha podido constatar vacíos normativos en los cuales se observa que el Código Penal salvadoreño desconoce la figura delictiva del feminicidio, suplantándola por la del homicidio, con lo cual se resta importancia a la forma más extrema de violencia contra las mujeres, principalmente para su efectiva investigación.

Por igual, en materia civil y de familia se encuentran problemas jurídicos en los casos de violencia contra la mujer, con lo cual es imperativo el Código Penal en todo lo referente a la tolerancia o el trato menos severo de la violencia contra las mujeres en el ámbito privado. Ello contraría lo establecido en la Convención de Belém do Pará, que vuelve la violencia contra las mujeres cometida en el ámbito privado o intrafamiliar en un asunto de interés público.

Por otra parte, al efectuar el análisis de diferentes sentencias en el ámbito de derecho interno de El Salvador se observa que las personas juzgadoras continúan utilizando las normas procesales comunes obviando la utilización de las garantías procesales que establece la jurisdicción especializada en los casos de violencia contra la mujer.

A manera de ilustración en la sentencia n.º 45-2012, dictada por la Sala de lo Constitucional de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (2015) se evidencian serias fragilidades en las decisiones judiciales, la misma trata sobre un conflicto sobre el orden que debían llevar los apellidos de los hijos en primacía, si el materno o el paterno.

La sentencia, aunque razona sobre aspectos de género y a su favor, al final resuelve distinto al razonamiento que efectúa porque decide que en definitiva el apellido paterno sea el que prevalezca, en cuyo caso mantiene a la mujer en una situación de desigualdad infundada. En la citada sentencia puede leerse así:

La «igualdad jurídica de los cónyuges» fue incorporada a la regulación constitucional salvadoreña desde 1950 [...] en sintonía con el reconocimiento del principio de «igualdad de derechos de hombres y mujeres», en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); reconocimiento internacional que fue precedido de intensas y esforzadas luchas sociales dirigidas por los movimientos feministas de la época [...] Al respecto, El Salvador ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...] en cuyo preámbulo se reconoce que: «para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia». (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 2015, p. 6)

Hasta aquí, la sentencia que se comenta presenta argumentos a favor de la equidad de género, no obstante, el fallo del máximo tribunal fue el siguiente:

Declarase que en el artículo 21 de la Ley del Nombre de la Persona Natural no existe la inconstitucionalidad alegada, respecto a la supuesta violación del principio de igualdad

jurídica entre hombres y mujeres (arts. 3 y 33 inc. 1.º Cn.), porque al someter la utilización del apellido del esposo a la decisión autónoma de la mujer es ella, y no el legislador, quien determina la valoración o importancia asignada al apellido de su pareja, con lo cual se equilibra la situación de ambos cónyuges en este asunto. (SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 2015, p. 11)

En resumen, se leen en sentencia bajo comentario serias fragilidades que colisionan con el texto constitucional; observamos que existe una contradicción en la misma, puesto que los argumentos de los considerandos no coinciden con el fallo. Esta incongruencia Constitucional, en su fallo, confirió la preeminencia a los apellidos paternos, según la literalidad del artículo 14 de la Ley del Nombre de personas naturales.

Con lo cual se continúan vulnerando los derechos humanos de las mujeres y sus familias, negándoseles la igualdad jurídica. Donde claramente se vulneran los principios de igualdad de las mujeres y de sus hijas e hijos ya que, al analizarla, se discrimina a la mujer solo por haber nacido mujer y se le niega poder heredar su apellido materno.

Observamos con la sentencia objeto de estudio que el juzgador no aplicó el principio de igualdad real y no discriminación, al no utilizar la perspectiva de género en su aplicación e interpretación. Evidenciándose en la misma el problema jurídico de esta investigación al encontrar ineficacia en la aplicación de la igualdad material hacia las mujeres, todo por no incorporar la perspectiva de género en la sentencia.

Con esta sentencia nos topamos con una norma jurídica de rango legislativo que viola tratados internacionales de protección de los derechos de las mujeres y en donde el juzgador no consideró los derechos de las mujeres enunciados en la Constitución, pero que se encuentran desarrollados en los tratados internacionales.

La lógica de la inconstitucionalidad argumentada en el fallo es errónea, ya que el juzgador se encuentra en la obligación de utilizar la prevalencia aplicativa y la motivación reforzada, recursos argumentativos exigidos desde la jurisprudencia interamericana (QUINTANA MARXELLY, 2023, p. 89).

En fin, según hallazgos de este estudio se observa que subsisten ineficacias en la aplicación y la interpretación de la ley en los casos de los delitos de violencia contra la mujer, desde existen ausencias normativas que impiden una efectiva tipificación de los delitos de violencia de género. De ello resulta necesario admitir que el abordaje del problema objeto de estudio se efectúe desde la interdisciplinariedad y no desde la dogmática jurídica tradicional.

Cierto es que, si los Estados han suscrito tratados internacionales de derechos humanos, lo que se espera es que en las sentencias no solamente se haga mención de ellos, sino que se lleven a la práctica a cabalidad, sobre todo en los casos de violencia contra la mujer. Lo anterior es de especial relevancia, más aún cuando se trata del tema de igualdad y de no discriminación contra las mujeres.

Con esto se quiere señalar que la nueva realidad constitucional, derivada de la interacción del derecho interno y el derecho internacional, obliga a la Judicatura a garantizar la supremacía constitucional y la garantía convencional en los casos que debe resolver.

En esencia, la perspectiva de género en el juicio de hecho y de derecho resulta un asunto de derechos humanos, con un nivel de obligatoriedad para los Estados, en donde los criterios de valoración e interpretación deben fundamentarse en los principios de igualdad, no discriminación, equidad y valoración de la diferencia.

3.1. *¿Cuál es el derecho aplicable en los casos de los delitos de violencia contra la mujer en el contexto jurídico salvadoreño?*

El derecho que se debe elegir al momento de la respuesta judicial ante las categorías sospechosas de discriminación en un caso concreto en los delitos de violencia contra la mujer es la norma que más favorezca a las mujeres, que por razón de su género y por su condición de vulnerabilidad son discriminadas.

El Estado salvadoreño cuenta con un marco jurídico nacional e internacional para la protección de los derechos humanos de las mujeres, siendo que cuenta con principios constitucionales, leyes especializadas y ha ratificado distintos convenios internacionales y regionales del *Corpus iuris* de los derechos de la mujer.

Dentro de este *Corpus iuris*, en los artículos 2 y 11 de la Ley Especial Integral para una vida libre de violencia para las mujeres (LEIV) de El Salvador (2011), se postula que se debe elegir siempre la norma que mejor ampare o garantice los derechos humanos de las mujeres. Es decir que, para la interpretación del derecho positivo nacional, no solo debe utilizarse la técnica de analizar únicamente cada artículo de la ley, ignorando el resto de la legislación, sino que su interpretación debe realizarse de acuerdo a todos los derechos tanto constitucionales como supranacionales de protección de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación (ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, 2011).

En tanto la jueza o el juez, en los casos concretos en los delitos de violencia contra la mujer, deberá elegir la norma que mejor garantice el principio de igualdad efectiva.

Al fin planteado es necesario visibilizar los prejuicios y los estereotipos discriminatorios en las labores de investigación, persecución y sanción en los procesos judiciales, buscando remover los obstáculos para dar mayor certeza y seguridad jurídica a las mujeres en pie de igualdad que los hombres.

A la luz del actualizado principio *iura novit curia*, la Judicatura nacional debe conocer y aplicar el derecho vigente y no pueden seguir siendo simples aplicadores de normativa nacional, sino que se convierten en auténticos guardianes de los tratados internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia emanada de las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales facultados para ello.

En resumen, en el contexto del derecho salvadoreño desde la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y desde la jurisdicción ordinaria se han identificado fragilidades en la respuesta judicial y en debido proceso que obstaculizan a las mujeres el acceso de jure y de facto a los recursos judiciales idóneos y efectivos. Y todo por no incorporar el análisis de género como herramienta

jurídica para lograr visibilizar las categorías sospechosas de discriminación que pueden estar presentes en los casos de violencia contra la mujer. Lo cual provoca decisiones judiciales permeadas con estereotipos de género.

3.2. *¿Cuáles son los criterios jurídicos en el ámbito penal para considerar si en un caso concreto se configura el delito de violencia contra la mujer?*

Para dar respuesta a esta interrogante, esta autora propone emplear el derecho de precedentes establecido por la Corte IDH y según los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres como un primer criterio: el considerar las definiciones establecidas en el *Corpus iuris* nacional e internacional de los derechos humanos de las mujeres como desde la normativa de *soft law* que el Gobierno de El Salvador ha ratificado.

Al respecto, KEMELMAJER DE C. sostiene que, del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, es la evidencia sobre la importancia de los estándares supranacionales, como instrumentos de protección de los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad y que las condenas a los diversos países denunciados han servido para luchar contra los estereotipos aun cuando la violencia de género no encuentra todavía métodos eficaces (KEMELMAJER DE C., 2019, p. 15).

Es evidente que los conceptos de discriminación y violencia contra la mujer son importantísimos para instruir un proceso judicial tanto para la tipificación del delito como para valorar la prueba y, en definitiva, para decidir un caso. Ya que, si no se parte de entender las definiciones de discriminación contra la mujer y la configuración de los delitos de violencia contra la mujer, no se pueden comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo.

El segundo criterio judicial son las categorías sospechosas de discriminación. Así la descripción del derecho a la igualdad y no discriminación, contenida en las normas internacionales y en la Constitución Política del Estado (art. 3), en el cual se aprecian determinadas categorías de discriminación, vinculadas a las características, circunstancias o condiciones propias de cada persona o grupo de personas (ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR, 1983), siendo las categorías sospechosas de discriminación: sexo, género, orientaciones sexuales, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, estado civil, raza, color, idioma, linaje u origen nacional, social o étnico, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Al respecto, en opinión de esta autora, surge la urgente necesidad de constitucionalizar la categoría «género», misma que en la actualidad no se encuentra consagrada en la carta magna salvadoreña.

Un tercer criterio jurisprudencial es la determinación en un caso concreto de los elementos de los delitos de violencia contra la mujer, los cuales, en derecho comparado,

lo establece la Corte IDH, en la Sentencia del Caso Inés Fernández Ortega vs. México (2010), quien ha establecido criterios jurisprudenciales para determinar si en un caso concreto se configuran los elementos de los delitos de violencia contra la mujer:

Como ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer ha sostenido que la definición de discriminación contra la mujer «incluye la violencia basada en sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer, i) porque es mujer, ii) porque la afecta en forma desproporcionada». (CORTE IDH, 2010, párr. 130)

En virtud de lo anterior, esta autora evidencia que la discriminación contra la mujer ha sido reconocida como una forma de violencia, lo cual compromete a la administración de justicia tanto en su conocimiento y comprensión como en su abordaje integral.

El cuarto criterio jurisprudencial es la detección en las fases del proceso judicial de la presencia de estereotipos de género, mismo que lo establecen las Naciones Unidas en su recomendación general n.º 33 del Comité de la CEDAW (2015), así:

La presencia de estereotipos y prejuicios de género en el sistema de justicia tiene consecuencias de gran alcance al impedir a las mujeres su derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad. También establece que los estereotipos de género pueden estar presentes en todas las fases de los procesos e investigaciones de los casos de violencia contra la mujer y que, por tanto, no solo la judicatura los replica. (CEDAW, 2015, p. 14)

En función de lo anterior, un quinto criterio jurisprudencial, que es necesario considerar según opinión de esta autora, es estudiar las razones de género que motivaron la conducta criminal en el caso concreto de violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones, por ejemplo: el contexto, el perfil de las víctimas y la modalidad de los crímenes.

Esto significa encontrar los elementos asociados a la motivación criminal que hace que el agresor ataque a una mujer (celos, intimidación, venganzas, la mujer es vista como una posesión de parte del agresor por su machismo o como una cosa, así como conductas misóginas) utilizando un test de categorías sospechosas de discriminación o una matriz de análisis de género, así como la ponderación y el test de proporcionalidad.

El sexto criterio es aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas.

Y séptimo criterio: sustituir el lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por el lenguaje incluyente, entre otros.

De lo antes dicho esta autora es de la opinión que la Administración de justicia tiene hoy grandes oportunidades para ofrecer soluciones desde la academia, con estudios que aborden la configuración del tipo penal en los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, puede promover propuestas de *lege ferenda*, principalmente en el

Código Penal, para incluir un correcto catálogo de delitos y así afirmar el derecho de las mujeres salvadoreñas a una vida libre de violencia y discriminación.

Por tanto, se tienen que remover las legislaciones que discriminan a la mujer por razón de su género, y se debe cumplir con las recomendaciones internacionales emanadas desde el sistema universal y el interamericano hacia una justicia igualitaria sin ningún tipo de discriminación.

3.3. *¿Cuáles son los efectos perjudiciales de los estereotipos de género en materia de justicia?*

Para dar respuesta a esta interrogante la Corte IDH (2018) en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala ha catalogado a los estereotipos de género como la causa y consecuencia de la violencia de género y que los mismos son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos, expresando que:

Los estereotipos de género se refieren a una concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente [...] y que su uso es grave cuando se utiliza en las prácticas, en el razonamiento y en el lenguaje de las autoridades. (CORTE IDH, 2018, párr. 294)

En este sentido, según se evidencia en este estudio podría afirmarse que existe una clara vinculación entre los estereotipos, el género, la desigualdad, la violencia contra la mujer y la discriminación, lo cual incide en prácticas judiciales discriminatorias que perpetúan y refuerzan la desigualdad en la vida de las mujeres salvadoreñas y sus familias.

Al respecto, GONZÁLEZ FERRER (2020) precisa sobre las consecuencias específicas que tienen para las mujeres las actuaciones basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, las que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente en prácticas, específicamente en el razonamiento de las autoridades (p. 77).

Al llegar a este punto es necesario visibilizar el impacto que tienen para las mujeres las actuaciones judiciales basadas en estereotipos de género socialmente dominantes, las cuales se agravan cuando se encuentran en los razonamientos de autoridades.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Comité de la CEDAW (2015) en su recomendación general n.º 33 en donde se afirma que:

Las instituciones judiciales deben aplicar el principio de la igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención y deben interpretar las leyes [...] El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma

defectuosa. [...] que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. (CEDAW, 2015, párr. 26)

En función de lo anterior se afirma que los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres y de toda la nación.

A *prima face*, la aplicación de la perspectiva de género en la justicia tiene su sustento legal. No es algo opcional que dependa del estado de ánimo de las personas que imparten justicia. Es imprescindible para acatar el mandato constitucional de igualdad y no discriminación.

Es una obligación *erga omnes*, que alcanza a todos los órganos del Estado, fundada en los compromisos internacionales asumidos por el Estado al ratificar los tratados internacionales. Es donde la justicia tiene que ser capaz de transformar las condiciones que impiden que sean garantizados los derechos de todas las personas y en especial de la mujer.

Contrario sensu, según lo argumenta la Corte IDH, la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009a).

Ante lo antes citado, podemos afirmar que la ineficacia judicial frente a casos de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general; asimismo, envía un mensaje según mi punto de vista en donde urge la utilización en el contexto salvadoreño de una metodología de análisis jurídico para incorporar la visión del género en sus decisiones judiciales, lo cual supone un requisito esencial para avanzar en el cumplimiento de los compromisos constitucionales y convencionales para eliminar las barreras socioculturales vinculadas al género que sufren históricamente las mujeres.

Por consiguiente, los estereotipos de género son perjudiciales al ser utilizados en razonamientos de las personas que imparten justicia, lo cual constituye una violación del derecho al debido proceso y a una recta administración de justicia.

Aplicar justicia con perspectiva de género no se reduce a una determinada parcela del derecho, como por ejemplo la familiar o penal, sino que es aplicable a todas las áreas jurídicas donde se presenten situaciones como la antes descrita. En virtud de lo anterior, la perspectiva de género es susceptible de aplicarse a todos los procesos, sean estos civiles, administrativos, constitucionales, laborales, agrarios o mercantiles, por mencionar algunos, y en cualquiera de sus etapas.

Por tanto, incorporar la perspectiva de género en la función judicial implica hacer realidad el derecho a la igualdad y no discriminación, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de erradicar la discriminación hacia la mujer y combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad desde el quehacer jurisdiccional. Es aplicar, en síntesis, el logro efectivo de la igualdad de facto.

4. PROTOCOLOS PARA LA ACTUACIÓN JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Los protocolos no son más que los pasos lógicos a seguir por parte de los operadores de justicia ante casos concretos; permiten que todos los operadores del sector justicia tengan claridad de los procedimientos que deben ser observados para garantizar los derechos de las mujeres cuando el conflicto se judicializa, evitando su revictimización.

Al respecto, la Cumbre Judicial Iberoamericana, en su modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, Comisión Permanente y Acceso a la Justicia, postula como elementos necesarios para determinar en un caso concreto la existencia de una discriminación valorar:

- 1) La objetividad y razonabilidad.
- 2) Las categorías sospechosas de discriminación.
- 3) La afectación al ejercicio de un derecho (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2013),

En este sentido, se evidencia la necesidad de formular guías o protocolos de actuación que garanticen la aplicación de justicia con perspectiva de género y que se lean en las sentencias que dictan, empleando una metodología pertinente para este objetivo y apoyándose en los estándares internacionales de derechos humanos y género antes expuestos en este estudio.

En derecho comparado, por igual, observamos que la SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO (2020), en su protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, tiene como propósito atender las problemáticas detectadas y las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH) en los casos del «Campo Algodonero», Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, entre otros.

Siendo así que cada vez es más frecuente encontrar, en los distintos contextos jurídicos, la existencia de estos protocolos. Por ejemplo, un punto de partida en este trabajo es considerar que hay transformaciones importantes en materia de administración de justicia con perspectiva de género que se han producido en diferentes ordenamientos legales como los de México (con Protocolo para juzgar con perspectiva de género), Chile, Colombia, Guatemala, Argentina, Nicaragua y Cuba.

En dichos países, se implementan protocolos que utilizan diferentes criterios legales y herramientas para auxiliar a la Judicatura en la tarea de impartir justicia a la luz de los más altos estándares nacionales e internacionales en derechos humanos y género.

En función de lo antes citado, se observa en esta investigación que, para atender los problemas relativos a la aplicación del derecho y al ejercicio del control de convencionalidad en los casos de violencia contra la mujer por quienes se imparte justicia, se debe adoptar como criterio hermenéutico la utilización de la perspectiva de género en las decisiones judiciales.

Para tal efecto, en derecho comparado, se rescatan como buenas prácticas jurídicas para abordar el fenómeno objeto de este estudio, que se ha elaborado una

metodología particular en donde la SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO (2020) presenta su «Protocolo para juzgar con perspectiva de género», en donde se expone que el mismo tiene como propósito atender las deficiencias detectadas y el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la CORTE IDH en los casos Campo Algodonero (CORTE IDH, 2009, párrs. 502, 541 y 542), Caso Fernández Ortega y otros vs. México (CORTE IDH, 2010, párrs. 236 y 260) y Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (CORTE IDH, 2010, párrs. 219 y 246) (Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020, p. 8).

Al mismo tiempo, en el ámbito jurisprudencial de El Salvador, se ubican sentencias de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (2018), en la sentencia definitiva ref. 24-COMP-2018, en donde se expone que «La perspectiva de género en las decisiones judiciales, cuando el sujeto pasivo sea mujer, es una obligación legal de carácter constitucional para todos los juzgadores y no solo para esta jurisdicción especializada» (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, 2018, p. 3).

La citada sentencia, desde la perspectiva del derecho positivo salvadoreño, establece el alcance conceptual de la aplicación e interpretación del derecho con perspectiva de género en las sentencias, utilizando la categoría de género como herramienta jurídica para cumplir con la obligatoriedad de la integración de la dimensión de género en todo el ámbito jurídico.

Por lo que es imperativo de ley su incorporación en las sentencias, ya que es una actividad que vincula a todos los Poderes del Estado, principalmente a la Administración de justicia salvadoreña.

Hasta aquí lo dicho, esta autora observa como un relevante avance que cada país elabore sus protocolos de actuación con respeto a los derechos de las mujeres consignados en los tratados de la CEDAW y Belém do Pará.

También relevante es que estos protocolos, una vez se encuentren en funcionamiento, tengan un período de evaluación y mejoras, en el objetivo de su permanente actualización.

Todo ello supone desde una perspectiva jurídica que, con la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, se pretende combatir los argumentos estereotipados e indiferentes al derecho a la igualdad persistentes en la Administración de justicia y así atender la dignidad de la persona humana de las históricamente discriminadas: las mujeres, que es imperativo de ley y de justicia para quienes se encargan de la aplicación del derecho.

4.1. *¿Cuáles son los elementos comunes en protocolos para juzgar con perspectiva de género en el Sistema Interamericano?*

Una revisión a cargo de esta autora sobre doctrina, jurisprudencia y principalmente de protocolos para «juzgar con perspectiva de género», generados en países distintos que han tomado como referencia la propuesta metodológica presentada por la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial

lberoamericana, la cual permite detectar los estereotipos de género en el Derecho para corregirlos al impartir justicia.

Pongamos como ejemplo el caso *González y otras vs. México*, conocida como «Campo Algodonero», sentencia emitida por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) la cual representa un antes y un después para el Estado mexicano, puesto que en ella se plantea juzgar con perspectiva de género. Así, juzgar con perspectiva de género es una metodología que consiste, además del análisis tradicional de los hechos, en considerar los siguientes criterios, identificar si existen:

- 1) Situaciones de poder, o
- 2) Contextos de desigualdad estructural, o
- 3) Contextos de violencia que por cuestiones de género que evidencien cualquiera de los criterios mencionados, que evidencian un desequilibrio entre las partes de la controversia.

La relevancia de la sentencia antes citada es que en ella se establecen las bases para juzgar con perspectiva de género. Siendo que en los argumentos esgrimidos por la Corte IDH se determina lo que se debe entender por violencia de género, sus causas, características, consecuencias y las medidas que el Estado mexicano debe adoptar para evitarla y castigarla. (QUINTANA MARXELLY, 2023, p. 84).

De este análisis realizado se identifican aspectos comunes presentes en todos, encontrando al menos seis elementos teóricos normativos que fundamentan el derecho a la igualdad y a la no discriminación para cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer, sobre la obligación de realizar un análisis basado en los siguientes elementos:

Primero: Identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia utilizando un test de categorías sospechosas de discriminación o una matriz de análisis de género.

Segundo: Ponderación y examen de proporcionalidad.

Tercero: Control de la convencionalidad.

Cuarto: Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género.

Quinto: Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación.

Sexto: Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta.

Séptimo: Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas.

Octavo: Sustituir el lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por el lenguaje incluyente.

Estos elementos coincidentes se observan en todos los protocolos de actuación en sede judicial en los casos de violencia contra la mujer. Esta autora está a favor de los mismos, ya que contienen diferentes rubros en los que el Tribunal Interamericano

ha utilizado ese método de análisis para identificar de qué forma impacta el género en la controversia.

Por igual se resalta, a lo largo de este trabajo, la importancia de comprender que aplicar la justicia con perspectiva de género constituye un instrumento jurídico que contribuye a avanzar hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Siendo esta una de las principales dificultades para lograr la deconstrucción de los estereotipos de que discriminan a la mujer por razón de su género.

5. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?

Porque su resultado es el acceso a la justicia de quienes, por sus condiciones biológicas, físicas, sexuales de género o de contexto, ven vulnerados sus derechos fundamentales. Además, la perspectiva de género logra reivindicar los derechos de las víctimas y evita su revictimización.

Al respecto, según se evidencia en este estudio, en todas las esferas de la ley los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema judicial que, a su vez, puede dar lugar a la denegación de justicia incluida la revictimización de las denunciantes, las supervivientes de la violencia de género y sus familias. De manera que la eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y sus familias.

En efecto, aplicar el derecho con perspectiva de género implica que la persona juzgadora reconozca sesgos, roles y estereotipos de género en las normas legales a aplicar y exige una acción niveladora por parte de quienes interpretan y aplican las normas legales respecto de personas en situación de vulnerabilidad.

Por igual, exige la integración del principio de igualdad y no discriminación en la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico. Resultando según hallazgos de esta investigación que lo que determina si en un caso o proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/ orientaciones sexuales de las personas.

En conclusión en este apartado, se evidencia que el hecho de que las autoridades no investiguen, enjuicien y castiguen a los responsables de actos de violencia contra la mujer ha contribuido a crear un clima de impunidad de estos delitos; aunado a las disparidades socioeconómicas y a la cultura patriarcal, favorecen una naturalización de las desigualdades y violencia a la que se encuentra sometida la mujer salvadoreña, sumado a una serie continuada de interseccionalidades, como actos múltiples de violencia, feminicidios, violación sexual, violencia en el hogar, discriminación laboral, explotación sexual, tráfico de personas, acoso sexual, ciberacosos.

Si bien se ha escrito mucho sobre la necesidad de que las personas juzgadoras investiguen, tipifiquen, valoren la prueba y juzguen con perspectiva de género, los esfuerzos que se han realizado en El Salvador y en el mundo con la incorporación en su derecho interno de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y género, todavía resta mucho por hacer.

6. CONCLUSIONES

El incipiente desarrollo de la metodología jurídica con perspectiva de género puede condicionar a los profesionales del derecho a reproducir y a reforzar los estereotipos de género y discriminación, vulnerando los derechos fundamentales de la mujer y sus familias. Ante el déficit formativo de quien imparte justicia, la utilización de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas genéricas y convencionales contribuiría en la protección más efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género y a que consigan la tutela judicial efectiva del sistema.

En tanto que la perspectiva de género es una obligación ética y jurídica que tiene quien imparte justicia de realizar una motivación reforzada para consagrar en sus sentencias la perspectiva de género independientemente de la materia de que se trate. Incorporando el género como categoría de análisis en todo el proceso judicial, desde la denuncia o demanda, hasta el dictado de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, lo cual implica identificar si existen prejuicios o estereotipos de género en los casos de los delitos de violencia contra la mujer que perjudiquen el modo en que se presta la actuación del servicio de justicia, tanto al momento de analizar las presentaciones de las partes, las pruebas producidas y aportadas, su valoración y carga probatoria.

Sin embargo, según hallazgos de esta investigación, todavía se encuentran normas, teoría y prácticas en el derecho salvadoreño que incumplen las obligaciones constitucionales, supranacionales y legales en materia de los deberes jurídicos para erradicar la violencia contra la mujer. Por lo cual la perspectiva de género debe ser entendida como una herramienta para promover los derechos de la mujer y como un instrumento para movilizar la consecución de la igualdad real y efectiva.

Siendo que el derecho en su esencia no es estático, cambia al ritmo del pensamiento y las realidades que pretende regular. De igual forma, cambian los conceptos, su alcance, contenido y hasta la misma manera que han sido concebidos. Resultando necesario, por un lado, elaborar protocolos de actuación judicial o guía para juzgar con perspectiva de género y, por otra parte, reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra la mujer.

Así, esta investigación apunta a buscar respuestas desde el derecho, desde la justicia, considerando que los esfuerzos actuales aún resultan insuficientes para revertir la problemática de violencia de género. En tanto la actualización en materia de las

transformaciones de los derechos de las mujeres con un abordaje interdisciplinar es un reto para la Administración de justicia. En donde la academia y la investigación no pueden quedarse al margen de este contexto.

Lo más importante es comprender el alcance de dichas transformaciones hacia la construcción de prácticas más adecuadas y pertinentes al desarrollo de los seres humanos; ajustando las decisiones judiciales con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en protección de los derechos fundamentales a todas las personas sin distinción, hacia una igualdad efectiva entre los géneros, hacia una justicia igualitaria ante los problemas jurídicos globales.

Finalmente, un aporte de la autora de este trabajo es la sistematización fundamentada en los estudios teóricos sobre género, la experiencia que lega la Corte IDH, referentes de derecho comparado y el análisis (en muestra) de sentencias dictadas en El Salvador; de los siguientes criterios para juzgar con perspectiva de género que pueden ser aplicados en la práctica judicial de El Salvador:

1. Tener en consideración que el concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que, si no se parte de entender el concepto de género, no se pueden comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de serlo.
2. Tramitar el proceso y resolver a favor del mayor y mejor interés superior de la víctima: la mujer.
3. Cabe considerar que, en la interseccionalidad de los derechos humanos, pueden confluir las vulnerabilidades de género con otras como aquellas propias de la niñez, población migrante o persona con discapacidad.
4. Deber de extrema diligencia debida con mayor énfasis en los casos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer.
5. La obligación de incorporar la perspectiva de género en toda la conducción del proceso penal de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer; y en los procesos judiciales de toda clase, civil, familiar, sucesoria, etc.
6. Emplear en la redacción de las sentencias un lenguaje claro e inclusivo. No referirse a la mujer, o a la niña, desde el masculino. La primera forma de invisibilizar a la mujer es cuando no se la menciona en el lenguaje, asumiendo que está incluida en el género del varón.
7. Desarrollar el concepto de reparación integral.
8. El deber de relacionar las investigaciones cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer.
9. Elaborar, por parte de expertos y grupos interdisciplinarios, protocolos de actuación judicial, o guías, que orienten en los pasos a seguir para garantizar los derechos de la mujer y que eviten su revictimización.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Fuentes doctrinarias

- ARCE-RODRÍGUEZ, M. B. 2006: «Género y violencia». *Agricultura, Sociedad y Desarrollo*, 3(1): 77-90. <https://www.scielo.org.mx/pdf/asd/v3n1/v3n1a5.pdf>
- RUIZ-CARNERO, M. 2022: «Los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género:» en el Desarrollo Humano y La Protección de Los Derechos Humanos En Poblaciones Vulnerables. 89-98. *Dykinson*. doi:10.2307/j.ctv2gz3ss5.11.
- CÉSPEDES, L. 2011: «Género y derecho». En G. L. Bernal (comp.): *Visibilizar la violencia de género. Sistematización de la experiencia de género*, pp. 19-26. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Visibilizar%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.pdf>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. 2021: *Compilación y Análisis*. <https://americalatinagenera.org/wp-content/uploads/2021/05/COMPILACION-Y-ANALISIS-DE-CRITERIOS-JURISPRUDENCIALES-SOBRE-UNA-VIDA-LIBRE-DE-VIOLENCIA-PARA-MUJERES-Y-NIN%CC%83AS.pdf>
- DE GOUGES, O. 1791: *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-de-la-mujer-y-de-la-ciudadana.pdf>
- DEL POZO PÉREZ, M. 2023: «Actuaciones del Cuerpo Nacional de Policía en violencia de género: perspectiva de presente-futuro». *IgualdadES*, 8: 11-42. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/lgdES.8.01>. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-07/40126igd801-del-pozo-perez.pdf>
- FACIO, A. 2002: «Con los lentes del género se ve otra justicia». *El Otro Derecho, Otras Miradas de la Justicia*, julio de 2002, 28: 81. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33811.pdf#page=81>
- FERRER MAC-GREGOR, E. 2010: «El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional». En H. Fix-Zamudio y D. Valadés (coords.): *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México: El Colegio Nacional-UNAM, 151-188. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>
- FIGUERUELO BURRIEZA, A. 2012: «Introducción de la perspectiva de género en el Derecho Penal». En A. Gallardo Rodríguez (coord.): *Igualdad, retos para el siglo XXI*. Santiago de Compostela: ANDAVIRA, 59-76.
- GONZÁLEZ FERRER, Y. 2020: *Discriminación por estereotipos de género (Herramientas para su enfrentamiento en el Derecho de las familias)*. Ediciones Olejnik.
- GONZÁLEZ FERRER, Y. y PÉREZ GUTIÉRREZ, I. 2021: *Guía teórico-práctica de aplicación del enfoque de género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*. UNFPA Cuba. <https://cuba.unfpa.org/es/publications/gu%C3%ADa-te%C3%B3rico-pr%C3%A1ctica-de-aplicaci%C3%B3n-del-enfoque-de-g%C3%A9nero-y-prevenci%C3%B3n-de-la-violencia>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. 2019: «Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de las mujeres». *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, 30(1): 15-60. <https://www.cairn.info/revue-journal-international-de-bioethique-et-d-ethique-des-sciences-2019-1-page-15.htm?contenu=resume>
- MEDINA, G. 2018: *Juzgar con Perspectiva de Género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género?, y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?* Pensamiento Civil. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD DE EL SALVADOR. 2021: *Informe anual. Hechos de violencia contra las mujeres. El Salvador, 2020*. Ministerio de Justicia y Seguridad de El Salvador. https://oig.cepal.org/sites/default/files/sv_informe_violencia2020.pdf
- ONU Mujeres. 2012: *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (feminicidio)*. ONU Mujeres. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2014/Modelo%20de%20protocolo.pdf>
- PEGORARO, L. 2016: *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Olejnik.
- POYATOS MATAS, G. 2019: «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa». *IQual. Revista de Género e Igualdad*, febrero 2019, 2: 1-21. doi:10.6018/igual.341501. <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501/257391>
- QUINTANA MARXELLY, M. G. 2022: «Acceso a la justicia familiar para las mujeres víctimas de violencia de género. Una mirada desde el derecho salvadoreño». *RCES. Revista Científica de Estudios Sociales*, 1(1): 270-311. <https://revistasnicaragua.cnu.edu.ni/index.php/revistaestudiossociales/article/view/7880/9925>
- QUINTANA MARXELLY, M. G. 2023: «Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género: un reto para el poder judicial salvadoreño». *Revista AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2023, 10(2): 63-100. <https://doi.org/10.14201/AIS202210263100>. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=5907338>
- TARUFFO, M. 2013: *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. <http://dspace.atalca.cl/bitstream/1950/9675/1/procesal,%20taruffo,%20prueba%20y%20motivaci%C3%B3n%20en%20la%20decisi%C3%B3n%20sobre%20los%20hechos.pdf>
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. 2016: *Metodología de la investigación socio-jurídica*. Benemérita Universidad de Puebla-Universidad de Camagüey.

7.2. Instrumentos jurídicos salvadoreños

- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR. 1983: *Constitución Política de El Salvador*. https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR. 1997: *Código Penal de El Salvador*. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_el_salvador.pdf
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR. 2016: *Creación de Jurisdicción Especializada para una Vida libre de Violencia y Discriminación para las mujeres*. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2016_slv_d_286.pdf
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR. 2011a: *Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV)*. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011_decreto520_elsvd.pdf
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE EL SALVADOR. 2011b: *Ley de Igualdad y Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las mujeres (LIE)*. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/els156066.pdf>

7.3. Derecho comparado

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, REPÚBLICA DE ARGENTINA. 2015: *Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. Oficina de la Mujer. https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA. 2020: *Protocolo Estandarizado de Actuación Judicial Para Procesos Penales en Delitos de Violencia Sexual Contra Niños, Niñas y Adolescentes*. https://www.poderjudicial.gob.ni/genero/pdf/publicaciones_recur-sos_int/2020-Protocolo-Actuaci%C3%B3n-Violencia-Sexual-NNA-CSJ.pdf
- XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2008: *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, ciudad de Brasilia. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2014: *Protocolo de actuación judicial para casos de violencia de género contra las mujeres*. https://www.poderjudicial.gob.ni/comision-acceso-justicia/pdf/02_Protocolo_%20Violencia_Genero_Mujeres.pdf
- GOBIERNO DE ARGENTINA, MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD. 2021: *Protocolo para «Administración de justicia con perspectiva de género»*. <https://www.argentina.gob.ar/generos/administracion-de-justicia-y-perspectiva-de-genero>
- JUZGADO SEGUNDO DE DISTRITO ESPECIALIZADO EN VIOLENCIA DE MANAGUA. 2017: *Sentencia n.º 143. Nicaragua*. Recuperado de <https://drive.google.com/open?id=1T61MBn3MNYFsZcLUIN-AUicZONx-1jpQ>
- PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 2015: Tesis: P. xx/2015 (10a.), «Impartición de justicia con perspectiva de género. Obligaciones que debe cumplir el Estado Mexicano en la materia». *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, septiembre de 2015, décima época, 22(l): 235. Registro digital 2009998. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/lfZrMHYBN_4klb4HsZDw/*
- PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO. 2016: Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), «Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género». *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, abril de 2016, décima época, 29(II): 836. Registro digital 2011430. [https://tribunalbcs.gob.mx/admin/img-Dep/Igualdad/Jurisprudencia_1a_J_22_2016\(10a\).pdf](https://tribunalbcs.gob.mx/admin/img-Dep/Igualdad/Jurisprudencia_1a_J_22_2016(10a).pdf)
- PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO. 2018: Tesis: 1a./J. 44/2018 (10a.), «Derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. Metodología para el estudio de casos que involucren la posible existencia de un tratamiento normativo diferenciado». *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, julio de 2018, décima época, 56(l): 171. Registro digital 2017423. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/gfZ-qMHYBN_4klb4HLxHb/*
- PODER JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2018: *Cuadernillo de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Eurosocial_PJUD/CBP_CHILE24AGOSTO2018.pdf
- SALA SEXTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE BOGOTÁ COLOMBIA. 2018: *Sentencia T-338/18*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>
- SALA TERCERA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE BOGOTÁ COLOMBIA. 2020: *Sentencia T-344/20*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-344-20.htm>
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, JUJUY, ARGENTINA. 2018: *Sentencia del Expediente: CF-14246-2017*. http://www.justiciajuju-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_sentencias.aspx?id=335045
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO. 2015: *Protocolo para juzgar con perspectiva de género: Haciendo realidad el Derecho a la Igualdad*. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO. 2020: *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>
- TRIBUNAL EN LO CRIMINAL N.º 2 EX CÁMARA PENAL, SALA II, JUJUY, ARGENTINA. 2019: Sentencia expediente n.º 2198-2019. http://www.justiciajujuj-juris.gov.ar:8081/frm_resultado_out_sentencias.aspx?id=357906
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL POR RUANDA. 1998: *Caso del Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*. n.º ICTR-96-4-T. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf>
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS. 2017: Sentencia de Sala de lo Social integrada por: Sres. Magistrados D. Humberto Guadalupe Hernández, Dña. María Jesús García Hernández y Dña. Gloria Poyatos Matas. Las Palmas de Gran Canaria, España. <https://www.womenslinkworldwide.org/files/2950/sentencia-gloria-poyatos.pdf>

7.4. Jurisprudencia salvadoreña

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR. 2018: *Sentencia definitiva ref. 24-COMP-2018. Sobre obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/05/CDCEC.PDF>
- JUZGADO ESPECIALIZADO DE SENTENCIA PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN. 2020: *Sentencia definitiva del año 2020. Ref. 69-2019- SM-1*. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2020-2029/2020/02/E4C8C.PDF>

7.5. Instrumentos jurídicos internacionales

- COMITÉ DE LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER CEDAW. 2015: *Recomendación General n.º 33: sobre el acceso a de las mujeres a la justicia*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. 2013: *Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias*. Comisión Permanente y Acceso a la Justicia. <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/otrasPublicaciones/Modelo%20de%20Incorporaci%C3%B3n%20de%20la%20Perspectiva%20de%20G%C3%A9nero%20en%20las%20Sentencias%20.pdf>
- ONU. 1979: *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW (1979))*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf
- ONU. 1993: *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>
- ONU. 1995: *Declaración y Plataforma de Beijing aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- ONU. 2008: *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

7.6. Jurisprudencia interamericana

- CORTE IDH. 2005: *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 20 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf
- CORTE IDH. 2006: *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- CORTE IDH. 2009a: *Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CORTE IDH. 2009b: *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf
- CORTE IDH. 2010a: *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2%20(1).pdf
- CORTE IDH. 2010b: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010 (párr. 24)*. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2%20(1).pdf
- CORTE IDH. 2018: *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

— CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN —

ENERO-JUNIO 2023

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción [BOE-A-2023-4513], por Luis HEREDERO ORTIZ DE LA TABLA
2. Ley 5/2023, de 17 de marzo, de Pesca Sostenible e Investigación Pesquera [BOE-A-2023-7052], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
3. Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario [BOE-A-2023-7500], por Miguel EIROS BACHILLER
4. Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales [BOE-A-2023-7936], por María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

DERECHO CIVIL

1. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366], por Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
2. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda [BOE-A-2023-12203], por María José CALVO SAN JOSÉ

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-5364], por Emilio FERRERO GARCÍA

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo [BOE-A-2023-5365], por María Cristina POLO SÁNCHEZ

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

1. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda [BOE-A-2023-12203], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
2. Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias [BOE-A-2023-12204], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA

DERECHO MERCANTIL

1. Real Decreto 16/2023, de 17 de enero, por el que se modifican el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, y el Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital [BOE-A-2023-1192], por Laura CABALLERO TRENADO
2. Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914, de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión [DOUE L 119, 5-V-2023], por Marcos CRUZ GONZÁLEZ
3. Reglamento (UE) 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos [DOUE L 135, 23-V-2023], por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
4. Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión [BOE-A-2023-7053], por Jaume MARTÍ MIRAVALL y Francisco CASTILLO IBORRA
5. Ley 11/2023, de 8 de mayo. Título I: Transposición de la Directiva (UE) 2019/882, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios [BOE-A-2023-11022], por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO
6. Ley 11/2023, de 8 de mayo. Título IV: Transposición de la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades [BOE-A-2023-11022], por Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
7. Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, y se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo [BOE-A-2023-14043], por Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO

DERECHO PENAL

1. Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE-A-2023-10213], por Cecilia CUERVO NIETO
2. Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE-A-2023-10213], por María Concepción TORRES DÍAZ

DERECHO PROCESAL

1. Recomendación (UE) 2023/681 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión [DOUE-L-2023-80446], por Celia CARRASCO PÉREZ

Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción [BOE-A-2023-4513]

Esta ley ha de enmarcarse en lo que puede denominarse Derecho administrativo anticorrupción (GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. 2022: «El estatuto del denunciante de la corrupción administrativa». En *Las políticas de buen gobierno en Andalucía*, 341) cuya existencia queda justificada en la medida en la que la corrupción encuentra su epicentro en las Administraciones públicas. Antes que esta ley, conformaron esa ramificación del derecho administrativo las normas de transparencia, de buen gobierno, de participación ciudadana, del estatuto del alto cargo o los códigos éticos y de conducta. No obstante, la primera de las particularidades que presenta la ley analizada es que extiende sus efectos hasta las empresas privadas, como se tendrá ocasión de apreciar en este trabajo.

La protección al informante es uno de los indicadores de la existencia de un «sistema de integridad institucional» en una Administración (HEREDERO ORTIZ DE LA TABLA, L. 2022: «La construcción de un sistema de integridad institucional en la Administración de Castilla y León (2007-2021)». *GAPP*, marzo de 2022, 28: 32 y 33. <https://doi.org/10.24965/gapp.i28.10971>). Otro de los elementos integrantes de este «sistema» de integridad es la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, regulada dos meses antes que la protección al informante por la Ley 27/2022, de 20 de diciembre. En todo caso, es reiterada la denuncia de JIMÉNEZ ASENSIO en relación con la implementación a impulsos de medidas antifraude de las leyes y de las exigencias de la UE, en vez de articular un Sistema de Integridad Institucional holístico (Jiménez Asensio, R. (2023). *Instituciones rotas: clientelismo y corporativismo en la España de 2023. La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.com/>).

La Ley 2/2023 se dicta en el contexto de la gestión de los Fondos Next Generation EU, y su origen debe situarse en la exigencia de armonización establecida por la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, a la que se han adelantado algunas comunidades autónomas (Cataluña, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Aragón y Comunidad Foral de Navarra).

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, de carácter básico (D. F. octava), nace con la finalidad de otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir los informantes, tanto del sector público como del privado, y entre los cuales se incluye a empleados públicos, trabajadores por cuenta ajena, autónomos, accionistas y becarios, entre otros (art. 3). Como es lógico, en el artículo 35.2 se excluye del ámbito personal de protección a las personas que revelen informaciones sobre conflictos

interpersonales o que afecten únicamente al informante, o las que constituyan «meros rumores».

El contenido de la información proporcionada que da lugar a la protección ha de versar sobre infracciones comunitarias y sobre infracciones nacionales penales o administrativas graves o muy graves. Quedan fuera del ámbito material las informaciones relativas a información clasificada y las obligaciones derivadas de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales (art. 2).

La esencia de la Ley 2/2023 se encuentra en tres cuestiones claves: el sistema interno de información (Título II); la protección del informante (Título VII), y la Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI (Título VIII).

Por lo que se refiere al *sistema interno de información*, constituye el cauce preferente para informar sobre las infracciones previstas, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia (art. 4). Este sistema interno de información se sistematiza a través de cinco elementos:

- Entidades obligadas a ponerlo en marcha: en el sector público todas las entidades que integran el sector público y que aparecen enumeradas en el art. 13. En el sector privado (art. 10) las personas físicas o jurídicas que tengan cincuenta o más trabajadores; las personas jurídicas que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la UE en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y protección del medio ambiente; y partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. La ley prevé en sus arts. 12 y 14 la posibilidad de compartir el Sistema Interno de Información en algunos supuestos, tanto del sector público (municipios de menos de 10.000 habitantes) como del privado (personas jurídicas en el sector privado que tengan entre cincuenta y doscientos cuarenta y nueve trabajadores). También se prevé la gestión del Sistema interno de información por tercero externo (arts. 6 y 15).
- Plazo para su puesta en marcha (D. T. 2.^a): en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley en el caso de las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos y en el de los municipios de menos de diez mil habitantes, el plazo se extenderá hasta el 1 de diciembre de 2023.
- Canal interno de información (art. 7). Este canal, que permite las comunicaciones anónimas, debe estar habilitado para realizar comunicaciones escritas, verbales (con grabación o transcripción exacta) o de las dos formas. A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial dentro del plazo máximo de siete días.

- Responsable del Sistema interno de información (art. 8). El órgano de administración o gobierno de cada entidad será el competente para la designación y la destitución del responsable de la gestión de dicho sistema. Deberá desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad u organismo. y no podrá recibir instrucciones de ningún tipo. En el caso del sector privado, el responsable del sistema será un directivo de la entidad, que ejercerá su cargo con independencia del órgano de administración o de gobierno de esta. Si existiera una persona responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, podrá ser esta la persona designada como responsable del sistema.
- Procedimiento de gestión de informaciones (art. 9), regulado con los contenidos y principios típicos en un procedimiento de esta naturaleza.

Por lo que se refiere a la *protección del informante*, las personas que comuniquen o revelen infracciones previstas en el artículo 2 tendrán derecho a protección siempre que tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz, que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley y que la comunicación o revelación se haya realizado conforme a los requerimientos previstos en la ley (art. 35).

Se prohíben expresamente los actos constitutivos de represalia (definida en el art. 36.1), incluidas las amenazas y las tentativas de aquella contra las personas que presenten una comunicación. En su lista exhaustiva de modalidades de represalias, el art. 36.3 incorpora, entre otras, la suspensión del contrato de trabajo; despido o extinción de la relación laboral; los daños, incluidos los de carácter reputacional, o la denegación de formación.

La ley desarrolla un sistema de protección mediante tres conjuntos de medidas: medidas de apoyo (art. 37), medidas de protección frente a represalias (art. 38) y medidas para la protección de las personas afectadas (art. 39).

Además, se prevé en el art. 40 el caso de la exención y atenuación de la sanción cuando una persona que hubiera participado en la comisión de la infracción objeto de la información sea la que informe de su existencia, siempre que la misma hubiera sido presentada con anterioridad a que hubiera sido notificada la incoación del procedimiento de investigación o sancionador, y se acredite el cese de la infracción, la cooperación, que la información facilitada es veraz y relevante y la reparación del daño.

La tercera de las cuestiones que de manera más novedosa aporta la Ley 2/2023 es la *creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI*, para el ámbito de la AGE, cuyo estatuto se ha de aprobar en el plazo de un año (D. F. 11.^a).

La ley autoriza en el art. 42 la creación esta autoridad administrativa independiente, como ente de derecho público de ámbito estatal, de las previstas en la LRJSP, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía e

independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Su estatuto será aprobado, mediante real decreto, por el Consejo de Ministros y en su estructura contará, al menos, con una Comisión Consultiva de Protección del Informante.

A la AAI se le atribuyen, en el art. 43, funciones de gestión del canal externo de comunicaciones regulado en el Título III, de adopción de medidas de protección al informante o de tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones previstas, entre otras.

La AAI contará con la Presidencia, con rango de subsecretario, y nombrado por real decreto a propuesta del titular del Ministerio de Justicia, por un período de cinco años no renovable (art. 53), y con una Comisión Consultiva de Protección del Informante (art. 54) cuyas decisiones no tendrán en ningún caso carácter vinculante.

La AAI puede actuar como canal externo de informaciones y como una autoridad independiente de protección de informantes para aquellas comunidades autónomas que así lo decidan y previa suscripción del correspondiente convenio. Lo mismo para las ciudades con Estatuto de Autonomía.

Luis HEREDERO ORTIZ DE LA TABLA
Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración de Castilla y León
Doctor en derecho USAL
lheredero@usal.es

Ley 5/2023, de 17 de marzo, de Pesca Sostenible e Investigación Pesquera [BOE-A-2023-7052]

NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE SOSTENIBILIDAD DE LA PESCA

Entre el conjunto de actividades humanas que se desarrollan en el mar, debe resaltar la pesca por su importancia en la seguridad alimentaria, por desempeñar una función clave en relación con las comunidades costeras, en los ámbitos socioeconómicos y por su incidencia en los recursos naturales. En España, la actividad pesquera, junto con sus operaciones vinculadas, es importante a nivel económico y social (el VAB supera los 1.000 millones de euros y ocupa a casi 40.000 empleados; en 2019, contábamos con una flota de 9.014 buques, de los que 8.007 han realizado actividad pesquera y 1.007 han permanecido inactivos, principalmente de la flota artesanal; ver: https://www.mapa.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas-pesqueras/2021_01_comparacion_macro_tcm30-121852.pdf y https://www.mapa.gob.es/es/pesca/planes-y-estrategias/informe-anual-actividad-flota-ano-2020-datos-2019_tcm30-541754.pdf), y, por otra parte, ha desarrollado a su alrededor un conjunto de formas de vida, cultura, paisaje y tradiciones de gran relevancia [en general, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2021: «El régimen de la Unión Europea sobre la incidencia ambiental en el sector alimenticio y la seguridad alimentaria», *Diario La Ley (Grupo Karnov)*, 12 de julio de 2021, 9889, 24 pp., y 2022: «La incidencia ambiental en el sector alimenticio y sobre seguridad alimentaria: Régimen en la Unión Europea». En L. M. Bujosa Vadell y C. A. Pacheco Fiorillo (dirs.) y otros: *La tutela jurídica de los alimentos ante el Derecho Ambiental. Derecho Ambiental contemporáneo España/Brasil*. Granada: Ed. Comares, 21-46].

El mantenimiento de la actividad pesquera, como motor económico clave, desde un enfoque ambiental, social y económicamente sostenible es esencial para asegurar no sólo el futuro de dichas poblaciones y su adecuada vertebración, sino la provisión de bienes asociados a estas actividades, como la fijación de población en las zonas costeras, la protección paisajística, la equidad interterritorial, la oferta de actividades económicas alternativas, el mantenimiento de la propia actividad, la provisión a la sociedad de alimentos de origen marino de manera sostenible o la salvaguarda del legado cultural, conciliando todo ello con la protección de la biodiversidad marina.

En efecto, la protección de la biodiversidad marina constituye un deber ineludible, de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por España (p. ej., la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 o el Acuerdo de 1995 sobre Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas) y con el Ordenamiento de la Unión Europea (entre otras normas,

vid. la Directiva marco sobre la estrategia marina de 17 de junio de 2008; la Directiva de 23 de julio de 2014, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, y el Reglamento de 11 de diciembre de 2013, sobre la Política Pesquera Común, que establece que la regulación pesquera debe garantizar que las actividades de la pesca y la acuicultura contribuyen a la sostenibilidad medioambiental, económica y social a largo plazo, permitiendo la obtención de beneficios económicos, sociales y de empleo y asegurando la disponibilidad de alimentos de calidad y seguros para la población).

Asimismo, debe tenerse en cuenta la relación del sector pesquero con el cambio climático, y las correspondientes normas internacionales y europeas en esta materia.

El art. 149-1-19.^a-CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las comunidades autónomas; a su vez, el artículo 148-1-11.^a establece la competencia exclusiva de estas en materia de pesca.

En relación con esta materia, debe señalarse que la Ley de Pesca Marítima del Estado de 2001, que ahora se deroga parcialmente, supuso un hito esencial en la normativa pesquera y fue pionera en muchos ámbitos de su regulación; aunque, dado el tiempo transcurrido desde su aprobación y los novedosos instrumentos normativos introducidos desde entonces tanto en el derecho internacional como de la Unión Europea, resulta necesario realizar una revisión y armonización de dicho régimen en lo relativo a la pesca extractiva y dar respuesta a las nuevas necesidades sociales, económicas, ambientales y administrativas que se han ido produciendo desde entonces.

En este marco, se aprobó la Ley 5/2023, de 17 de marzo, de Pesca Sostenible e Investigación Pesquera (BOE del 18; <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-7052>), cuyo objeto es la regulación de la pesca marítima (entendida como la regulación de la actividad extractiva y, como presupuesto de ella, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros), incluyendo los requisitos para el acceso a los recursos pesqueros, así como el conjunto de medidas de protección, uso sostenible, conservación, regeneración y gestión de los mismos, en todo caso, sin perjuicio de las competencias exclusivas de las comunidades autónomas en materia de marisqueo y acuicultura, tanto dentro como fuera de aguas interiores, así como la pesca en aguas interiores; el fomento de la recopilación de datos, el conocimiento y la investigación oceanográfica pesquera de competencia del Estado, en el ámbito de la política de pesca marítima; la regulación del acceso a los recursos genéticos que tengan la consideración de recursos pesqueros, y la cooperación y la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones de la Política Pesquera Común.

Entre los principios generales de la nueva Ley, pueden resaltarse la sostenibilidad biológica de los recursos marinos; el uso de la mejor y más reciente información científica disponible; la sostenibilidad económica y el fomento del empleo; la función social de la pesca; el enfoque ecosistémico; el principio de precaución; el enfoque integral e integrado del sector pesquero en el marco de la economía azul, y la adaptación y la

mitigación del cambio climático; siendo asimismo aplicables las normas y principios recogidos en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (BOE del 30; <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-20050>), y en el Real Decreto 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo (BOE del 11; <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-3950>).

Además, el resto del título I regula una serie de disposiciones generales que comprenden el ámbito de aplicación de la Ley, definiciones, el principio de igualdad de oportunidades y de trato, y se enumeran las medidas de política de pesca marítima en aguas exteriores, cuya regulación se desarrolla en los siguientes títulos.

El título II regula el acceso a los recursos pesqueros; declarándose que los recursos naturales del mar territorial y de la zona económica exclusiva, ya sean pesqueros o de otra naturaleza, son bienes demaniales, conforme con el art. 132-2.º-CE, dotando así a los mismos de las tres tradicionales dimensiones que el ordenamiento general ha dado para su correcta protección: ser inembargables, imprescriptibles e inalienables; por lo que el poder público será el protector de su integridad y de que el uso que se les dé sea conforme a su naturaleza y atiende a los fines de interés general que les son propios, lo que es acorde con lo dispuesto también en la política pesquera común y en la Ley 3/2001, de 26 de marzo. Además, se establecen los requisitos previos para el acceso a los recursos, como son disponer de una licencia de pesca, estar en situación de alta en el Registro General de la Flota Pesquera y pertenecer a un censo por caladero y modalidad.

Por su parte, el título III contiene una regulación de las medidas de conservación y uso sostenible de los recursos pesqueros; medidas que se definen como todas aquellas dirigidas a garantizar una explotación sostenible de los mismos desde el punto de vista ambiental y la viabilidad a largo plazo del sector; incluyendo medidas tales como la limitación del volumen de capturas, la talla o el peso de las especies, los artes y aparejos de pesca o las vedas, en la línea de la regulación tradicional en esta materia.

El título IV está dedicado a las medidas de protección y regeneración de los recursos pesqueros, y, entre otras, se prevén la declaración de zonas de protección pesquera; la regulación de la actividad en los espacios marinos protegidos; medidas preventivas respecto a actividades susceptibles de perjudicar a los recursos pesqueros o sus hábitats, o cualquier otra medida que aconseje el estado de los recursos; además, en este ámbito, ocupa un papel destacado la adopción de medidas conducentes a minimizar las capturas accidentales de cetáceos, tortugas marinas y aves en las artes de pesca.

A continuación, el título V se refiere a las medidas de gestión de los recursos pesqueros, que se definen como todas aquellas medidas y mecanismos dirigidos a racionalizar y ordenar la explotación de los recursos mediante su distribución entre el sector y equilibrar el esfuerzo pesquero y el desarrollo del sector; e incluyen, entre otras, la asignación de posibilidades de pesca por buques o grupos de buques, la transmisión entre buques de las posibilidades de pesca asignadas o los mecanismos de optimización y flexibilización de la gestión de las posibilidades de pesca. Previéndose que sólo

pueden acceder a la actividad pesquera quienes tengan un buque registrado, cuenten con una licencia de pesca inherente al buque, pertenezcan a un censo y tengan unas posibilidades de pesca, que no pueden desvincularse de un buque.

Seguidamente, el título VI regula la pesca recreativa en aguas exteriores, actividad que, por cierto, tiene un indudable impacto en los recursos y en la economía; destacando como la principal novedad la creación de un Registro de Pesca de Recreo.

El título VII establece el fomento y los objetivos de la política de investigación pesquera y oceanográfica, a fin de compatibilizar la explotación sostenible de los recursos con el respeto al medio ambiente marino, incluyendo la conservación de la biodiversidad, en el marco del código de conducta para una pesca responsable, incluyendo, como uno de los objetivos novedosos de la investigación, la búsqueda de nuevos sistemas de explotación de los recursos pesqueros más sostenibles y respetuosos con el medio marino; regulándose la necesidad de una planificación y programación de la investigación y la participación y colaboración de las organizaciones y asociaciones pesqueras profesionales y de recreo, los clubes y centros de buceo, las ONG y en general todos los agentes del sector pesquero en el cumplimiento de los objetivos de la investigación pesquera y oceanográfica, y se dedica un artículo específico al Instituto Español de Oceanografía, del Centro Nacional del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, como instituto científico de referencia en la materia.

Posteriormente, el título VIII regula el acceso a los recursos genéticos que tengan la consideración de recursos pesqueros; lo que constituye una de las principales novedades de la presente ley.

El título IX establece los mecanismos de coordinación, cooperación y participación institucional en la política de pesca. En este sentido, se regulan en un mismo título estos principios, que han de regir las relaciones con otras Administraciones públicas, con el sector pesquero y con el resto de los actores e instituciones relevantes en materia de pesca sostenible, y, como instrumentos orgánicos de cooperación, la Conferencia Sectorial de Pesca y su grupo de trabajo, la Comisión Sectorial de Pesca.

Por último, el título X procede a la remisión en bloque del régimen sancionador de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado (BOE del 28; <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-6008&p=20230318&tn=2>), concretamente en el título V, capítulos I, II y IV, cuyas disposiciones continúan vigentes, y son de aplicación a la presente ley y a las disposiciones que se dicten en desarrollo y aplicación de la misma, hasta tanto se adopte el nuevo marco regulador.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
dgatta@usal.es

Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario [BOE-A-2023-7500]

La Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (en adelante, LOSU) es el último hito legislativo en materia universitaria. Constituye la norma central del sistema universitario, aunque no es la única, y está pendiente de desarrollo por otros textos normativos pendientes de elaboración.

Antes de nada, es importante entender que la LOSU se enmarca dentro de una reforma universitaria mucho más amplia que el propio contenido de la ley orgánica. Antes y después de su aprobación, se han elaborado y se seguirán aprobando diferentes reales decretos que desarrollan el contenido establecido en la LOSU. Por ejemplo, el Real Decreto 822 /2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad; el Real Decreto 576/2023, de 4 de julio, por el que se modifican el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado; el Real Decreto 640/2021, de 27 de julio, de creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros universitarios, y acreditación institucional de centros universitarios, o el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la organización de los Departamentos universitarios. En agosto de 2021 se presentó el primer borrador del anteproyecto de la LOSU, de la mano del entonces ministro Manuel Castells. Desechado el primer proyecto, se volvió a trabajar sobre un nuevo texto en mayo de 2022 con el ministro Joan Subirats, que finalmente fue aprobado en marzo de 2023.

En este contexto, las reformas universitarias suelen ser un tema crucial que impacta no solo a las instituciones universitarias, sino que también afecta a estudiantes, profesores y a la sociedad en general, y es importante analizar cómo dichas reformas buscan mejorar y fortalecer el sistema educativo superior¹.

Como dispone la única disposición derogatoria de la LOSU, se derogan los diferentes textos normativos anteriores con rango de ley orgánica. En concreto, se derogan la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU) y la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que modifica la LOU. Además, también se deroga el Real Decreto-Ley 12/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público.

1. Para un estudio en mayor profundidad sobre la LOSU, vid. RIVERO ORTEGA, R. (dir.). 2023: *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*. Cizur Menor: Aranzadi, 312 pp.

El procedimiento de elaboración ha sido rico en debate y pobre en términos de consenso. Se han presentado más de 800 enmiendas respecto al original, sin olvidar que no ha sido el primer texto con el que se trabajaba.

La LOSU ha obtenido el respaldo de 182 diputados de un total de 350 que componen el Congreso de los Diputados, pertenecientes a un total de 10 grupos parlamentarios. En concreto, el Partido Socialista Obrero Español, Unidas Podemos, Esquerra Republicana de Catalunya, Partido Nacionalista Vasco, Más País, Compromís, Teruel Existe, Coalición Canaria, Nueva Canarias y Partido Demócrata Europeo Catalá. En contra votaron el Partido Popular, Vox y Ciudadanos, y 8 de los diputados del Grupo Parlamentario Plural y EH-Bildu se abstuvieron en la votación.

El *título preliminar*, de nueva creación respecto a la LOU, define el objeto de la LOSU, que le ha servido al legislador para encuadrar el contenido del texto y, sobre todo, para dar un marco conceptual a la hora de hablar de «sistema universitario» o qué entiende por universidades. Así pues, entiende como sistema universitario el conjunto de universidades, públicas y privadas, y de los centros y estructuras que les sirven para el desarrollo de sus funciones. Además, entiende por universidades aquellas instituciones, públicas o privadas, que desarrollan las funciones centrales de docencia, investigación y transferencia e intercambio de conocimiento, además de las funciones que recoge el art. 2.2 de la misma LOSU. Con todo esto, cabe plantearse si realmente nuestras universidades funcionan como un verdadero sistema, es decir, si realmente aspiran a unos fines y resultados en común o si las universidades actuales cumplen con los estándares que define la LOSU. Es evidente que la respuesta es negativa por muchas razones, por lo que podemos suponer que, una vez más, el título preliminar queda vacío de contenido.

El *título I* es muy similar al anterior título preliminar de la LOU en el que se enuncian tanto las funciones de la Universidad como las características principales de la autonomía universitaria. El art. 2 de la LOSU amplía las funciones de la Universidad, aunque cabe recordar que los fines y las funciones no se limitan a las recogidas en el texto legislativo. Por lo tanto, no se trata de una lista cerrada. Por ejemplo, también encontramos en los estatutos de la Universidad diferentes funciones que no se recogen en esta lista del art. 2. Respecto a la autonomía de las universidades, sigue en la misma línea de la LOU, pero especifica todavía algunas cuestiones más concretas.

El *título II* versa sobre sobre la creación y reconocimiento de las universidades y calidad del sistema universitario, y existe un cambio sustancial en la LOSU. Mientras que antes se le dedicaba todo el título I, ahora se le dedica un artículo en materia de creación y reconocimiento de universidades. No hay que olvidar que la creación de centros está ya regulada en el Real Decreto 640/2021, por lo que esta disposición vendría a completar el desarrollo de esa disposición. Sigue sin rectificar el legislador ya que mantienen el mismo sistema por el cual la normativa para la creación de centros sea a través de una norma reglamentaria, mientras que la creación de los centros se establezca mediante una ley singular. Como novedad las universidades deberán contar

con «los planes que garanticen la igualdad de género en todas sus actividades, medidas para la corrección de la brecha salarial entre mujeres y hombres, condiciones de accesibilidad y ajustes razonables para las personas con discapacidad, y medidas de prevención y respuesta frente a la violencia, la discriminación o el acoso amparadas en la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria».

El otro artículo se refiere a la calidad del sistema universitario que sorprende que se recoja en el mismo título que el de creación de centros, cuando son dos cuestiones totalmente dispares y necesitadas de un mayor desarrollo. Se eliminan los objetivos que se establecían en el art. 31 de la LOU para conseguir una mayor calidad en nuestro sistema, se delimita la responsabilidad de la promoción y el aseguramiento de dicha calidad y el sistema universitario deberá garantizar niveles de buen gobierno y calidad contrastables con los estándares internacionalmente reconocidos, entre otras cuestiones.

El *título III* versa sobre la organización de las enseñanzas, en el que se percibe que el legislador ha querido destacar la importancia de la función docente dentro del conjunto del sistema universitario. Entre las cuestiones a destacar, resalta la experiencia reciente con la crisis del COVID-19, en el que se establece en el art. 6, en su primer apartado, que la docencia será preferentemente presencial, aunque podrá impartirse también de manera virtual o híbrida. También hay que hacer énfasis como una de las novedades de la LOSU la participación preceptiva del alumnado en la elaboración, seguimiento y actualización de los planes de estudio y sus efectos en las guías docentes.

En referencia a los títulos universitarios, vienen recogidos del art. 7 al art. 10. Estas disposiciones se refieren sobre todo a los títulos oficiales, a la estructura de las enseñanzas oficiales y a la convalidación de los estudios. Para profundizar en cuestiones de este calado, se encuentra el Real Decreto 822/2021, sobre organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, en el que profundiza en otros apartados que no vienen recogidos en la LOSU, como las características de los «títulos propios».

El *título IV* se compone de tres artículos que enuncian la función investigadora de la Universidad. La LOSU hace énfasis en la importancia de la interdisciplinariedad y la multidisciplinariedad de los proyectos de investigación. También pone de relieve la contribución al desarrollo del territorio en el que está asentado la universidad y la colaboración con empresas, administraciones y entidades del tercer sector.

En el art. 12 de la LOSU, se establecen obligaciones concretas que tienen una repercusión en ámbito de la investigación universitaria. Por ejemplo, un tema controvertido es el segundo apartado del art. 12 que establece que el «personal docente e investigador deberá depositar una copia de la versión final aceptada para publicación y los datos asociados a la misma en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto, de forma simultánea a la fecha de publicación». Evidentemente, esto podría colisionar con otros derechos adquiridos a la hora de pactar con revistas científicas y editoriales que no tienen esta política de acceso abierto. De ahí que el último apartado del art. 12 trate de aclarar esta cuestión, que no está exenta de debate. Este último

apartado trata de calmar las aguas, estableciendo que deberán «tomarse las medidas oportunas para proteger, con carácter previo a la publicación científica, los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación [...]».

El título V se enuncia como *Cooperación, coordinación y participación en el sistema universitario* que, según da a entender el contenido del articulado del título, lo conforman una serie de órganos colegiados tales como la Conferencia General de Política Universitaria y el Consejo de Universidades. En definitiva, son órganos colegiados, en los que participan los actores más relevantes del sistema universitario. Presenta pocas novedades respecto al texto anterior, únicamente se amplían ciertas funciones que antes no estaban establecidas. Se presenta como novedad el Consejo de Estudiantes Universitario del Estado, que, según dispone el art. 17 de la LOSU, «es el órgano de participación, deliberación y consulta de las y los estudiantes universitarios ante el Ministerio de Universidades». Las funciones de dicho órgano vienen recogidas en el articulado, y dispone que su composición habrá de desarrollarse reglamentariamente.

El *título VI* recoge diferentes cuestiones referidas a la cohesión social y territorial, la cultura, el patrimonio, el deporte o la diversidad lingüística. Quizá lo más llamativo, y que ha repercutido más en la opinión pública, es la inclusión de un articulado sobre la diversidad lingüística, en el que se establece en el art. 20 que «las universidades fomentarán y facilitarán el conocimiento y el uso como lengua de transmisión universitaria de las lenguas oficiales propias de sus territorios, de conformidad con lo dispuesto en sus Estatutos y en la particular normativa autonómica, desarrollando planes específicos al respecto». Sin embargo, conviene recordar que la anterior LOU ya establecía en su art. 6 que «los poderes públicos y las universidades a través de sus estatutos, establecerán mecanismos para que en los procesos de acogida de los diferentes miembros de la comunidad universitaria se favorezca el conocimiento suficiente de las lenguas cooficiales». Como se puede comprobar, poco se ha añadido al respecto en comparación a la legislación anterior.

El *título VII* establece como prioridad la internacionalización del sistema universitario, que comprende desde el art. 23 al art. 30 de la LOSU, dando a entender como uno de los ejes más novedosos frente al contenido del texto anterior de la LOU. Como cuestiones a destacar frente a la LOU, la LOSU entiende como punto de partida el fomento y la facilitación del conocimiento del uso de lenguas extranjeras o la aprobación de una Estrategia de Internacionalización del Sistema Universitario por parte tanto del Ministerio de Universidades como las propias universidades.

El *título VIII* puede ser uno de los grandes protagonistas de la LOSU en el que el estudiantado se presenta como una de las figuras principales del sistema universitario. Abarca desde el art. 31 al art. 37, en el que se tratan diferentes cuestiones como el derecho al acceso, las becas y ayudas al estudio, los diferentes derechos de los que gozan los estudiantes y los deberes a los que están sometidos. Con afán de que se garanticen dichos derechos, el art. 35 enuncia que «las universidades garantizarán al estudiantado el ejercicio de sus derechos en el ámbito universitario, tanto en su

dimensión individual, como colectiva. A tal fin, asegurarán la disponibilidad de procedimientos adecuados para su implementación y cumplimiento efectivos». Es decir, transfiere la competencia a las universidades como responsables de que se garanticen tales derechos.

El *título IX* se divide en cinco capítulos que abarcan todo el régimen específico de las universidades públicas:

- El *capítulo I* enuncia el régimen jurídico y estructura de las universidades públicas. Frente a la LOU, la LOSU recalca la importancia de la rendición de cuentas en su art. 40.
- El *capítulo II* establece el sistema de gobernanza de las universidades públicas que tiene como punto de partida la propia LOSU y los Estatutos de cada universidad. En la nueva ley orgánica se establece, por ejemplo, que los órganos unipersonales serán elegidos por un mandato de seis años improrrogables y no renovables. Además, el rector podrá ser elegido entre el personal docente e investigador permanente doctor a tiempo completo. Ahora bien, la disposición adicional primera prevé que, hasta que no se modifiquen los Estatutos de la universidad y se determinen por la misma los méritos de investigación, docencia y experiencia de gestión universitaria que deberán reunir los candidatos a rector, se les exigirá como mínimo estar en posesión de tres sexenios de investigación, tres quinquenios docentes y cuatro años de experiencia de gestión universitaria en algún cargo unipersonal. En referencia a los demás órganos unipersonales y colegiados de la Universidad, se especifican cada vez más sus funciones, como es el caso del Consejo de Gobierno (art. 46), del Claustro Universitario (art. 45) o del Consejo Social (art. 47).
- El *capítulo III* versa sobre el régimen económico y financiero de las universidades públicas. Como un breve apunte que no deja de sorprender, es el art. 58 sobre el Patrimonio en el que afirma la LOSU que las universidades «asumen» la titularidad de los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de sus funciones, y más tarde añade que «cuando los bienes a los que se refiere el párrafo anterior dejen de ser necesarios para la prestación del servicio universitario o se empleen en funciones distintas de las propias de la universidad, la administración de origen podrá reclamar su reversión o, si ello no fuere posible, el reembolso de su valor al momento en que procedía su reversión». Esta disposición da a entender que las universidades no son titulares del patrimonio de la Universidad, cuestión insólita que merece una clarificación por parte del legislador.
- El *capítulo IV* enuncia el personal docente e investigador de las universidades públicas que mantiene el mismo sistema dual de personal funcional y laboral.
- El *capítulo V* de la LOSU lo dedica al llamado personal técnico, de gestión y de administración y servicios de las universidades públicas (PTGAS).

El *título X* versa sobre el régimen jurídico de las universidades privadas, que no añade grandes novedades respecto a la LOU. El art. 100 de la LOSU establece el régimen

económico-financiero de las universidades privadas, en las que en dispone en su apartado tercero que las universidades privadas dedicarán un porcentaje de su presupuesto no inferior al cinco por ciento a programas propios de investigación.

La LOSU de 2023 se completa con diecisiete disposiciones adicionales, doce transitorias, una derogatoria y doce finales. Entre dichas disposiciones, vuelve a sorprender que se haya introducido en la disposición adicional séptima que los colegios mayores privados que tengan un régimen no mixto o segregado no podrán adscribirse a una universidad pública.

Miguel EIROS BACHILLER
Contratado predoctoral FPU de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
meiros@usal.es

Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales [BOE-A-2023-7936]

El 29 de marzo de 2023 se publicó en el *BOE* la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los derechos y el bienestar de los animales (en adelante, LDBA), cuya entrada en vigor se produjo el pasado 29 de septiembre de 2023 (disp. final 9.^a).

Al margen del revuelo social que ha planteado su tramitación (por el procedimiento de urgencia y con omisión de la mayoría de las reivindicaciones de sectores clave, como los veterinarios); de determinados aspectos su contenido (p. ej. respecto de los perros de caza), y de las muchas cuestiones que su estudio suscita, en las páginas que siguen se intentará hacer una brevísimas aproximación a las principales novedades que el nuevo texto introduce. De este modo, de entre los aspectos más significativos que resultarán afectados por la LDBA, y sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse los siguientes:

1. LISTADO POSITIVO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

Una de las previsiones más destacadas de la LDBA es que, además de los perros, gatos y hurones, puedan tener la consideración de «animales de compañía» y, por tanto, quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la ley, los animales que pertenezcan a alguna de las especies que se incluyan en el llamado *listado positivo de animales de compañía* que, a tal efecto, deberá aprobar el Departamento Ministerial competente.

Pese a lo que en un principio pudiera pensarse, de la lectura de los correspondientes preceptos de la Ley (34 y 35) se desprende que no se trata, en realidad, de una lista única, sino de *diversas listas* que se elaborarán de forma independiente (así se prevé que existirán listas de animales silvestres, de mamíferos, de aves, de reptiles, de anfibios, de peces e invertebrados). Ello implica que, además de los perros, gatos y hurones, pueden considerarse como de compañía mediante su inclusión en alguna de dichas listas: a) los animales domésticos tal y como se definen en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad animal; b) los pertenecientes a especies silvestres; c) los animales de producción que no pertenezcan a especies silvestres y que hayan perdido su fin productivo; d) las aves de cetrería y los animales de acuariofilia no incluidos en el catálogo de especies exóticas o invasoras ni pertenecientes a especies silvestres protegidas o de fauna no presentes de forma natural en España y protegidas por el Derecho de la Unión Europea y/o los tratados internacionales ratificados por nuestro país (art. 34).

Dichas listas serán abiertas, públicas, de ámbito estatal y se mantendrán constantemente actualizadas por el Ministerio correspondiente. El procedimiento para su aprobación se determinará por real decreto (art. 37), si bien la ley no indica plazo alguno al respecto.

2. CONTROL Y REGISTRO DE LA CRÍA Y VENTA DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

La primera causa de abandono de perros en nuestro país es el nacimiento de camadas indeseadas. La LDBA parece haberse hecho eco de estas demandas por cuanto prevé que la cría de animales de compañía sólo se podrá llevar a cabo por personas debidamente inscritas en el Registro de Criadores de Animales de Compañía (art. 26. d). Asimismo, se prevé que cualquier persona responsable de la actividad de cría de animales de compañía deberá acreditar la formación que reglamentariamente se determine para poder ejercer su actividad, según la categoría de criador en la que se inscriba. Las condiciones para la autorización de la actividad de la cría, tipos de criadores autorizados, periodicidad y condiciones de los individuos reproductores se remiten a un ulterior desarrollo reglamentario.

3. IDENTIFICACIÓN Y REGISTRO

No siendo algo original (pues su regulación ya se contiene en todas las normas autonómicas), esta obligación es muy a menudo incumplida por los propietarios. Sí constituye una novedad su extensión a los llamados «gatos comunitarios». Respecto de los mismos, y conforme a lo dispuesto en el art. 39, corresponde a la Administración local «su identificación obligatoria mediante microchip con responsabilidad municipal».

4. SUPERACIÓN DE CURSILLO Y SUSCRIPCIÓN DE SEGURO OBLIGATORIO

Otra de las previsiones de la ley que ha provocado cierto revuelo ha sido la relativa a la necesidad de que las personas que pretendan tener un animal de compañía realicen un curso de formación sobre tenencia responsable (art. 26 h) y contraten un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros:

- a) Por lo que al curso de formación se refiere, su contenido se determinará reglamentariamente en función de cada especie. Respecto de los canes, dicho curso será gratuito y, una vez superado, tendrá validez indefinida (art. 30).

- b) En segundo lugar, respecto del seguro, antes de la LBDA era obligatorio en toda España para los llamados «animales potencialmente peligrosos». Algunas leyes autonómicas lo exigían para los perros en general y no sólo para los potencialmente peligrosos. Ahora la LBDA, en línea con lo dispuesto en estas leyes autonómicas, lo extiende a todos los canes; de este modo, prevé que dicho seguro deberá mantenerse durante toda la vida del animal; deberá incluir en su cobertura a todas las personas responsables del mismo y deberá suscribirse «por un importe de cuantía suficiente para sufragar los posibles gastos derivados que se establecerá reglamentariamente».

5. SACRIFICIO Y EUTANASIA

También introduce la LBDA novedades en el sacrificio y eutanasia de los animales de compañía. Antes de entrar en su consideración es preciso apuntar que existen diferencias importantes entre una y otra: si bien en ambos casos se trata de poner fin a la vida del animal, divergen en cuanto a su fin. De este modo, mientras la eutanasia es un acto de compasión con el que se trata de poner fin al sufrimiento de un animal que está herido o enfermo, o que no puede mantenerse por presentar una «gran agresividad», el sacrificio no obedece, en principio, a una causa justificada y se considera inaceptable; por ello su regulación legal es diferente:

- a) El sacrificio se prohíbe «salvo por motivos de seguridad de las personas o animales o de existencia de riesgo para la salud pública debidamente justificado por la autoridad competente». De este modo, el sacrificio cero, que ya se preveía en algunas comunidades autónomas (como Madrid, Cataluña, Galicia y Murcia), se implanta ahora con carácter general para todo el territorio español. Sin embargo, esta medida —en apariencia digna de elogio— está ocasionando otros problemas que se están manifestando en ciertos núcleos poblacionales: como quiera que en los centros de protección no se puede llevar a cabo el sacrificio de ningún individuo, lo que se está haciendo es, simplemente, no admitir ninguno más por encima de su capacidad, con lo que el número de animales que quedan abandonados y desatendidos no deja de crecer.
- b) Por su parte, uno de los contenidos de la LBDA que ha suscitado más críticas ha sido el relativo a la eutanasia (término que, por cierto, sustituye al de «muerte asistida» que aparecía en el proyecto de ley). Conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del art. 27.º), la eutanasia sólo estará justificada bajo criterio y control veterinario y con el único fin de «evitar el sufrimiento por causas no recuperables que comprometa seriamente la calidad de vida del animal y que como tal ha de ser acreditado y certificado por profesional veterinario colegiado». Asimismo, se prevé que la eutanasia sólo podrá llevarse a cabo por personal veterinario colegiado o perteneciente a alguna Administración pública «con medios que garanticen la

condición humanitaria (término este no parece apropiado al caso), admitidos por las disposiciones legales aplicables».

6. DISPOSICIONES SOBRE ACCESO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA A ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, ESTABLECIMIENTOS PARA LA ATENCIÓN DE PERSONAS SIN HOGAR O EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL Y PLAYAS

La LDBA (art. 29.2) parte de la regla general de acceso de los animales de compañía a edificios y establecimientos públicos (entendidos como aquellos en los que se alojen órganos de las Administraciones públicas). Para que pueda impedirse, se exige que dicha prohibición esté debidamente señalizada y sea visible desde el exterior.

Respecto de los establecimientos privados, alojamientos hoteleros, restaurantes, bares y en general cualesquiera otros en los que se consuman bebidas y comidas, se fomenta su acceso siempre y cuando ello no constituya un riesgo para las personas, otros animales y dicho acceso se limite a zonas que no estén destinadas a la elaboración, almacenamiento o manipulación de alimentos y sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa sobre salud pública o de las ordenanzas municipales o normativa específica.

Como es natural, dicho acceso será obligatorio en todo caso respecto de los perros guía y de asistencia de acuerdo con lo establecido en su normativa específica.

La LDBA contiene una disposición novedosa en relación con el acceso de animales de compañía a establecimientos destinados a atender a personas en riesgo de exclusión social, personas sin hogar, víctimas de violencia de género y, en general, cualquier persona en situación similar.

Respecto del acceso a las playas, si bien el mismo ya aparecía previsto en el Reglamento, la LDBA insiste en que, sin perjuicio de lo establecido en las Ordenanzas, los Ayuntamientos *deberán promover* su acceso no sólo a las playas, sino también a los parques y otros espacios públicos de aquellos animales de compañía que no constituyan riesgo para las personas, otros animales o las cosas. Como novedad, los Ayuntamientos deberán prever la existencia de «lugares específicamente habilitados para el esparcimiento de animales de compañía, particularmente los de la especie canina» (los llamados «parques caninos»).

7. OBLIGACIONES SOBRE RECOGIDA DE ANIMALES EXTRAVIADOS Y ABANDONADOS

El art. 26 impone a los municipios la obligación de «recogida de animales extra- viados y abandonados y su alojamiento en un centro de protección animal». Para ello,

se prevé que deberán de contar con «un servicio de urgencia y recogidas y atención veterinaria de estos animales disponible las veinticuatro horas del día». En atención a las dificultades que el cumplimiento de esta obligación puede suponer para los municipios más pequeños, el apartado tercero del art. 22 dispone que se «podrán suscribir convenios de colaboración con centros mancomunados pertenecientes a otras administraciones o contratados [...]. En tal caso, se dispondrá de una instalación temporal municipal para albergar a los animales hasta su recogida por el servicio correspondiente, que reúna los requisitos de espacio, seguridad y condiciones para el bienestar de los animales alojados».

Por último, este artículo obliga a las entidades locales a utilizar medios de control poblacional «no letal» de la fauna urbana, garantizando, en todo caso, los derechos de los animales.

8. OTRAS OBLIGACIONES

Finalmente, pueden destacarse otras obligaciones que resultan del texto de la LDBA (arts. 26 y 27) y de cuyo cumplimiento deberán velar los Ayuntamientos, a saber:

a) *Recogida de excrementos y orina*

Actualmente todas las leyes autonómicas establecen la obligación de recoger las [heces](#) de los perros depositadas en la vía pública de forma inmediata. Sin embargo, no está generalizada la obligación de diluir la [orina](#) (únicamente prevista en las Ordenanzas de algunas ciudades y municipios españoles como Almería, Alcalá de Henares, Alcobendas, Albacete, Jaén, Sevilla o Huesca). La LDB impone ahora con carácter general la obligación de limpiar las heces y orina, si bien se limita a las depositadas «en lugares de paso habitual de otras personas como fachadas, puertas o entradas a establecimientos».

b) *Esterilización de gatos. Protección de colonias felinas*

Será obligatorio proceder a la esterilización quirúrgica de todos los gatos antes de los seis meses de edad, salvo aquellos inscritos en el registro de identificación como reproductores y a nombre de un criador registrado en el Registro de animales de compañía.

Asimismo, la ley dedica un capítulo íntegro (arts. 38 a 42) a las colonias felinas. La opción del legislador para la protección de dichas colonias ha provocado discordancias entre los partidarios de dicha protección y los que se oponen a ella (al menos en los términos previstos en la LDBA).

c) *Animales desatendidos o mantenidos en lugares inapropiados*

Se prohíbe dejar sin supervisión a cualquier animal de compañía durante más de tres días consecutivos; en el caso de los perros este plazo no podrá ser superior a veinticuatro horas. Se fomenta, siempre que sea posible por su especie, su integración

en el núcleo familiar (art. 26 a). Los animales que, por razones incompatibles con su calidad de vida, tamaño o características de su especie, no puedan convivir en el núcleo familiar, deberán disponer de un alojamiento adecuado, con habitáculos acordes a sus dimensiones y que los protejan de las inclemencias del tiempo (art. 26 b). En particular, se considera infracción grave mantener habitualmente a perros y gatos en terrazas, balcones, azoteas, trasteros, sótanos, patios y similares o vehículos (art. 74 o).

d) *Prohibición de venta de perros, gatos y hurones en tiendas de animales, así como su exhibición y exposición al público con fines comerciales*

Con esta medida se pretende atajar la «cosificación» de los animales, poniendo fin a su compra compulsiva. Su incumplimiento tiene la consideración de infracción muy grave (art. 75 f). En concreto, se prohíbe la venta directa de cualquier tipo de animal de compañía a través de Internet, portales Web o cualquier medio o aplicación telemáticos.

e) *Empleo de animales en actividades culturales y festivas*

Finalmente, el título IV contiene una serie de disposiciones relativas al uso de animales en espectáculos escénicos o filmaciones de cine, televisión u otros medios audiovisuales (art. 62), con unas previsiones específicas cuando se trate de la representación o filmación de escenas en las que se refleje crueldad, maltrato, sufrimiento o muerte del animal (art. 63). Por último, se contienen previsiones concretas relativas a la participación de animales en ferias, exposiciones y concursos (art. 64); romerías, eventos feriado, belenes, cabalgatas y procesiones (art. 65).

María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS
Profesora titular de Derecho administrativo
Universidad de Granada
mlroca@ugr.es

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366]

ASPECTOS CIVILES

1. CUESTIONES GENERALES

El 2 de marzo de 2023 entró en vigor la [Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI](#), al día siguiente de su publicación en el *BOE*. La aprobación de esta ley tuvo como objetivo, tal y como expresa su Preámbulo, «desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI), erradicando las situaciones de discriminación». Con ella se trata de asegurar que «en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad».

La norma supone un importante avance en materia de igualdad y justicia social, que recoge una demanda histórica de las asociaciones LGTBI. Tal y como recuerda el propio legislador, la igualdad y la no discriminación son un principio jurídico universal, consagrado tanto en los textos internacionales ([entre otros, en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos](#)) como en nuestro ordenamiento, en particular en el [artículo 14 de la Constitución](#) española (CE), que proclama el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. Vinculado con otros preceptos del mismo texto legal como el [artículo 10](#) CE, que reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, y el artículo 9.2 CE, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para hacer efectivas la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre.

Para promover y garantizar el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI y sus familias, la ley que ahora reseñamos estructura su articulado en cuatro títulos.

En el primero, establece los principios de actuación de los poderes públicos, que deberán desarrollar todas las medidas necesarias para reconocer, garantizar, proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales de las personas LGTBI y sus familias. El título II regula una serie de medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans, entre las que destaca el procedimiento y requisitos para la rectificación registral relativa al sexo y, en su caso, nombre de las personas, así como sus efectos, y prevé medidas específicas derivadas de dicha rectificación en los ámbitos público y privado. El título III enumera una serie de medidas para la efectiva protección,

asistencia y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBifobia. El IV y último título establece el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación.

Junto a estos cuatro títulos, que contienen ochenta y dos artículos, la ley cuenta con cuatro disposiciones adicionales, dos transitorias, una disposición derogatoria única y veinte disposiciones finales en las que se incluyen importantes modificaciones normativas. Modificaciones de preceptos de normas vigentes que son necesarias para acomodarlas a las exigencias y previsiones derivadas de esta nueva ley.

Entre todas las modificaciones son objeto de esta breve reseña las que afectan al derecho civil, de las que damos noticia a continuación.

2. MODIFICACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil se modifica por la *disposición final primera* de la Ley 4/2023. El mismo Preámbulo hace referencia a la necesidad de esta modificación para proceder a la implementación del lenguaje inclusivo, si bien, va más allá de una modificación meramente formal.

Los cambios introducidos en el Código Civil son los siguientes:

- En el artículo 44.1 CC, se ha sustituido la frase «El hombre y la mujer...» por «Toda persona...». Queda redactado en los siguientes términos: «*Toda persona* tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código».
- En los artículos 108.1 y 109.2 CC se modifican únicamente las palabras «el padre y la madre» para sustituirlas por «los progenitores». El resto del contenido no varía. Así, el artículo 108.2 CC reza ahora: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los *progenitores* están casados entre sí...». Y el nuevo párrafo segundo del artículo 109 CC dispone: «Si la filiación está determinada por ambas líneas, los *progenitores* de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral...».
- En la misma línea cambia el artículo 110 CC, en el que también se sustituye «el padre y la madre» por «ambos progenitores». El actual texto señala: «Aunque no ostenten la patria potestad, *ambos progenitores* están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos».
- Más novedad supone, a nuestro juicio, la introducción en el Código de las expresiones «padre o progenitor no gestante» y «madre o progenitor gestante», para sustituir los términos de «padre» y «madre» respectivamente. En este sentido se modifica el artículo 120 del CC, que enumera las formas de determinación de la filiación matrimonial. En particular se modifica el párrafo primero, que añade al término «padre» la expresión «progenitor no gestante», siendo su nueva redacción: «En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme

realizada por el padre o *progenitor no gestante* en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil» (art. 120.1.º). Y también el párrafo quinto, que añade al término «madre» la expresión «progenitor gestante»: Así reza en la actualidad: «Respecto de la madre o *progenitor gestante*, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil» (art. 120.5.º).

Esta sustitución, tal y como reconoce el legislador en el Preámbulo de la ley, no es una modificación meramente formal, sino que supone la posibilidad, para las parejas de mujeres y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales.

- Por otra parte, se modifica el artículo 124 CC en sus dos apartados. El primero, para sustituir el término «menor» por la expresión «la persona menor de edad». Queda redactado en los siguientes términos: «La eficacia del reconocimiento de *la persona menor de edad* requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido» (art. 124.1). En el segundo apartado se cambia el término «paternidad» por la expresión «la filiación del padre o progenitor no gestante», se añade al término madre la expresión «o progenitor gestante» y al término padre «o progenitor no gestante», en la misma línea del artículo 120 al que acabamos de referirnos. Así, el actual 124.2 del CC dispone: «La inscripción de *la filiación del padre o progenitor no gestante* así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre o *progenitor gestante* durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre o *progenitor no gestante* solicitara la confirmación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal».
- También varía el texto del artículo 132 CC para sustituir la expresión «al padre o a la madre» por la de «cualquiera de los progenitores». Queda redactado el primer párrafo con el siguiente texto: «A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde a *cualquiera de los dos progenitores* o al hijo».
- Se modifica igualmente el artículo 137 CC en sus apartados primero y segundo. El apartado primero se ve alterado en sus tres párrafos. En el primero, para sustituir el término paternidad por la expresión «filiación del padre o progenitor no gestante». El nuevo texto señala: «*La filiación del padre o progenitor no gestante* podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación...». El segundo párrafo del 137.1 CC añade al término madre la expresión «o progenitor gestante»: «El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre o *progenitor gestante* que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal». El tercero se modifica para añadir «con medidas de apoyo» a la expresión «persona con

discapacidad». Queda redactado: «Si se tratare de persona con discapacidad *con medidas de apoyo*, quien preste el apoyo y esté expresamente facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán, asimismo, ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación».

Por su parte, el apartado segundo del artículo 137 CC se modifica para añadir la expresión «progenitor no gestante» al término padre, siendo su actual redacción: «Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su padre o *progenitor no gestante*, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento».

- En el artículo 139 CC se sustituye el término mujer por la expresión «madre o progenitor que conste como gestante» y sustituye «su maternidad» por «la filiación». Tiene ahora el siguiente texto: «La *madre o progenitor que conste como gestante* podrá ejercitar la acción de impugnación de *la filiación* justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo».
- El párrafo primero del artículo 163 CC sustituye las expresiones «el padre y la madre» y «los padres» por la de «los progenitores». El nuevo precepto reza así: «Siempre que en algún asunto *los progenitores* tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los *progenitores* tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar».
- En la misma línea se modifica el párrafo primero del artículo 170 CC, en el que se sustituye «el padre o la madre» por «cualquiera de los progenitores». El texto vigente dispone: «*Cualquiera de los progenitores* podrá ser privado total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».
- Por último, y fuera ya del Libro I, la Ley 4/2023 modifica también el Código Civil para introducir un nuevo artículo en el Libro III, en sede de sucesiones: el artículo 958 bis CC, que tiene la siguiente redacción: «*Todas las referencias realizadas a la viuda en esta sección, se entenderán hechas a la viuda o al cónyuge supérstite gestante*». Se trata de la sección que regula las precauciones que deben adoptarse, en materia sucesoria, cuando la viuda queda encinta. El nuevo precepto equipara el «cónyuge supérstite gestante» a la viuda, a estos efectos.

De lo expuesto puede concluirse que todas las modificaciones del Código Civil recogen un lenguaje inclusivo para acomodar los preceptos a las exigencias derivadas de la ley. A modo de resumen las novedades se concretan en:

- La sustitución de la expresión «el hombre y la mujer» por «toda persona» al regular quiénes pueden contraer matrimonio (art. 44 CC).
- La sustitución de la expresión «el padre y la madre» por «los progenitores», en varios artículos sobre filiación (arts. 108, 109, 110, 132, 163 y 170 CC).
- La inclusión, junto al término «padre», de la expresión «progenitor no gestante», en los artículos 120, 124 y 137 CC.
- La inclusión, junto al término «madre», de la expresión «progenitor gestante», en los mismos artículos 120, 124 y 137 del CC.
- La sustitución del término «mujer» por la expresión «madre o el progenitor que conste como gestante» (art. 139 CC).
- La sustitución del término «paternidad» por la expresión «filiación del padre o del progenitor no gestante» (art. 124 y 137 CC) y «maternidad» por la expresión «filiación» (art. 139 CC).
- La sustitución del término «menor» por la expresión «la persona menor de edad» (art. 124 CC).

3. OTRAS MODIFICACIONES EN MATERIA CIVIL

La Ley 4/2023 introduce otras novedades en materia civil, además de las modificaciones de los preceptos del Código Civil que acabamos de mencionar. Entre ellas, exponemos brevemente las que afectan las siguientes leyes:

- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*.

La disposición adicional tercera de esta ley queda modificada (por la *disposición final segunda* de la Ley 4/2023) en los siguientes términos: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables a los integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. Se elimina así la referencia expresa que hacía la norma al ‘hombre y la mujer’ integrantes de una pareja...».

- La Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*.

En coherencia con los cambios operados en el Código Civil, se incorporan novedades en la legislación registral, en concreto en los artículos 44, 49, 51, 53, 69 y 91 de esta Ley 20/2011, modificados por la *disposición final undécima* de la Ley 4/2023.

Entre las principales novedades cabe destacar la modificación del texto del artículo 44 para permitir la inscripción de la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que con anterioridad solo se preveía la filiación matrimonial, al exigir que la madre estuviere casada con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Ahora es

suficiente la conformidad de la madre no gestante para la determinación de la filiación con independencia de que esté o no casada con la gestante.

También la que afecta al contenido del artículo 49, al que se añade un nuevo párrafo (el 5) que prevé que, «*en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona nacida, los progenitores, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año*».

Se modifica también el artículo 51, que regula el derecho a elegir el nombre, al que se añade que para «determinar si la identificación resulta confusa *no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona*». Así como los artículos 53 (cambio de apellidos) y 69 (presunción de nacionalidad española), en los que se sustituye la expresión «padres» por «*progenitores*».

Además, se añade la disposición adicional décima de la Ley del Registro Civil como una cláusula general de corrección terminológica que señala: «*En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante*».

– Y finalmente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Se modifica por la *disposición final decimotercera* de la Ley 4/2023, con la creación de dos nuevos expedientes para adaptarla a los cambios operados por esta última norma en relación a la modificación de la mención registral del sexo:

Uno de ellos, relativo a la «aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce», cuya regulación se introduce en un nuevo capítulo: capítulo I bis en el título II (artículos 26 bis a 26 quinquies).

El otro, el relativo a «la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral», introducido en el capítulo I ter, también en el título II de la citada Ley de la Jurisdicción voluntaria (artículos 26 sexies a nonies).

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
marini@usal.es

Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda
[BOE-A-2023-12203]

ASPECTOS CIVILES
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A ACCEDER A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

La [Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda](#) (en lo sucesivo LV), tiene como objeto contribuir a facilitar el acceso a una vivienda digna, dotando de herramientas a las comunidades autónomas para incentivar la oferta asequible para colectivos vulnerables, evitar la vivienda vacía, limitar las rentas en las zonas de mercado declaradas tensionadas, incrementar el parque de vivienda en alquiler social, introduciendo importantes cambios con un impacto directo en la regulación del mercado de alquiler.

Esta ley se inicia recordando que el artículo 47 CE reconoce el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, como principio rector de la política social y económica, e impone seguidamente a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de conformidad con los artículos 9.2 y 149.1.1.^a CE, y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho.

A su vez, el legislador conecta el derecho a la vivienda, del que por su ubicación sistemática no cabe inferir su carácter de derecho fundamental, con otros que tienen esa condición, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), a la protección de la salud (artículo 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE). En este último caso, no alcanzamos a ver una relación directa con el derecho a la vivienda.

Igualmente, el legislador indica que los derechos mencionados anteriormente guardan una relación estrecha con los valores de la calidad de vida, contenido en el Preámbulo de la Constitución, y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad, previsto en el artículo 10 CE. Y, en cuanto al desarrollo del contenido del derecho a la vivienda, también se incide en el papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional; recuerda el legislador que modula el derecho de propiedad y la libertad de empresa, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, ex arts. 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE. Finalmente, vincula el derecho a la vivienda con el principio de igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, que se encuentra previsto en los siguientes preceptos: como competencia estatal en el art. 149.1.1.^a CE; respecto del principio de igualdad de todos los españoles, en el art. 14; respecto de la igualdad de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja, según lo establecido en el art. 48, y conforme a los legítimos intereses de consumidores y usuarios, en el

art. 51.1. Recordar en este punto que no existe un concepto armonizado del derecho de propiedad a nivel europeo, razón por la cual, en materia de derechos reales inmobiliarios (también los que recaen sobre la vivienda), [el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determina que deben interpretarse de manera autónoma para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros.](#)

Teniendo en cuenta lo expresado, cabe señalar que el legislador define con acierto la vivienda como un «bien esencial de rango constitucional», en la línea de [la jurisprudencia del Tribunal Constitucional](#) acerca de las medidas para asegurar el cumplimiento de la función social del derecho de propiedad, estableciendo unos pronunciamientos cruciales para actualizar el contenido del derecho de propiedad y delimitar el régimen competencial en la materia.

Realizadas estas precisiones iniciales acerca del contenido de la norma, podemos señalar que los principales desajustes que plantea son de calado por su carácter competencial y sustantivo. El legislador estatal no es el competente en la materia, lo es el autonómico, en exclusiva, conforme al artículo 148.1. 3.^a CE. Además, el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental, cuya garantía corresponde a los poderes públicos, ni un derecho subjetivo, sino que se trata de un principio rector de la política social y económica.

Por otro lado, destacar que la técnica legislativa de la norma es deficiente, por cuanto que regula cuestiones fundamentales en sus disposiciones finales, como el control de la renta del arrendamiento de vivienda sin compensación pública; incentivos fiscales aplicables en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a los arrendamientos de vivienda; el aumento del recargo en el impuesto sobre bienes inmuebles para los titulares de viviendas vacías; y la modificación de la reserva de suelo para vivienda protegida. Una norma estatal en materia de vivienda debería proporcionar una coherencia entre las Administraciones competentes, delimitando bien su ámbito de actuación.

1. ASPECTOS CIVILES DE LA LEY

1.1. *Función social y régimen jurídico de la vivienda*

Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada realiza el artículo 47 de la Constitución española y considerando que la vivienda cumple una función social, el art. 7.1 LV contiene los principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda, dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, correspondiendo a las Administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho «en

condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo», mediante los derechos y deberes asociados a ésta.

El art. 33.2 CE atribuye al legislador la delimitación del contenido del derecho de propiedad, atendiendo a su función social. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, [RTC 1987-37](#), consideró la función social como un elemento que conforma la estructura del derecho de propiedad privada y su contenido esencial, porque dicha función se configura como un límite intrínseco y, a su vez, parte integrante del mismo. En el ámbito de la vivienda, estos límites se manifiestan en los límites en interés público, como la suspensión de los lanzamientos o el control de rentas de la disposición final primera de la LV, y en las limitaciones del dominio. Por tanto, la función social puede materializarse en limitaciones negativas del contenido de un derecho del que se derivan facultades que no se atribuyen al propietario (STC 89/1994, de 17 de marzo, [RTC 1994-89](#)), así como mediante la imposición a éste del cumplimiento de cargas u obligaciones positivas, como es el caso de la limitación de la renta ya mencionada.

En consecuencia, la función social del derecho de propiedad supone un límite, pero no altera su contenido esencial, al que se refiere el artículo 53.1 CE, que es el límite que no puede superar el legislador invocando la función social y cuya afectación sólo podría articularse mediante expropiación forzosa.

En el ámbito de la vivienda, la función social incide en la propiedad de los inmuebles destinados al uso residencial porque integra el objeto de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), junto con la función protectora de la familia y del derecho a la intimidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39.1 y 18 CE. Por tanto, la distinción entre, por un lado, una limitación administrativa de derechos, como la suspensión de lanzamientos, que se corresponde con un límite del dominio, y, por otro, los «supuestos de vinculación», relativos a las limitaciones del dominio, resulta esencial para determinar que solamente será procedente la indemnización en los supuestos de vinculación, por la afectación que se produce. Esto se justifica porque, como confirmó la STC 301/1993, de 21 de octubre, [RTC 301/1993](#), una privación patrimonial adoptada judicialmente como sanción civil, sin obedecer a una causa de utilidad pública o interés social, no tiene la protección del art. 33.3 CE.

Por todo ello, tras el examen del derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, entendemos que no existe un derecho subjetivo a la vivienda, en tanto en cuanto ninguno de estos derechos habilita al ciudadano a exigir su prestación directa a la Administración. Cuestión distinta es que el legislador disponga, en primer lugar, del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, «ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión, de uso, o de cualquier otro régimen legal de tenencia» (art. 8 LV), y además añada que los poderes públicos deberán hacer efectivo este derecho e imponga la regulación del suelo, lo que se manifiesta en el art. 15 LV.

1.2. Medidas de protección del consumidor en la compra y el arrendamiento de vivienda

El artículo 31 LV detalla la información mínima que el consumidor puede requerir en las operaciones de compraventa y arrendamiento de vivienda, pudiendo solicitar, con carácter previo a la formalización de la operación y de la entrega de cualquier cantidad a cuenta, la información acerca de las condiciones de la operación y de las características de la vivienda y del edificio en el que se encuentra. La prestación de este deber tendrá que ser en formato accesible, como garantía a las personas con discapacidad.

La información mínima que exige esta norma al acreedor de la compra o arrendamiento de vivienda comprende diversos datos: a) Identificación del vendedor o arrendador y, en su caso, de la persona física o jurídica que intervenga, en el marco de una actividad profesional o empresarial, para la intermediación en la operación. b) Condiciones económicas de la operación: precio total y conceptos en éste incluidos, así como las condiciones de financiación o pago que, en su caso, pudieran establecerse. c) Características esenciales de la vivienda y del edificio, entre ellas: certificado o cédula de habitabilidad; acreditación de la superficie útil y construida de la vivienda, diferenciando en caso de división horizontal la superficie privativa de las comunes, y sin que puedan en ningún caso computarse a estos efectos las superficies de la vivienda con altura inferior a la exigida en la normativa reguladora; antigüedad del edificio y, en su caso, de las principales reformas o actuaciones realizadas sobre el mismo; servicios e instalaciones de que dispone la vivienda, tanto individuales como comunes; certificado de eficiencia energética de la vivienda; condiciones de accesibilidad de la vivienda y del edificio; estado de ocupación o disponibilidad de la vivienda; información jurídica del inmueble: la identificación registral de la finca, con la referencia de las cargas, gravámenes y afecciones de cualquier naturaleza, y la cuota de participación fijada en el título de propiedad. d) En el caso de tratarse de vivienda protegida, indicación expresa de tal circunstancia y de la sujeción al régimen legal de protección que le sea aplicable. e) En caso de edificios que cuenten oficialmente con protección arquitectónica por ser parte de un entorno declarado o en razón de su particular valor arquitectónico o histórico, se aportará información sobre el grado de protección y las condiciones y limitaciones para las intervenciones de reforma o rehabilitación. f) Cualquier otra información que pueda ser relevante para la persona interesada en la compra o arrendamiento de la vivienda, incluyendo los aspectos de carácter territorial, urbanístico, físico-técnico, de protección patrimonial o administrativo relacionados con la misma.

En el trámite parlamentario de la norma, el legislador ha incorporado dos nuevos apartados. Por un lado, dispone que la persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda podrá requerir información acerca de la detección de amianto u otras sustancias peligrosas o nocivas para la salud. Y, por otro, indica que, cuando la vivienda que vaya a ser objeto de arrendamiento como vivienda habitual se encuentre ubicada en una zona de mercado residencial tensionado, el propietario, y, en su caso, la persona que intervenga en la intermediación en la operación, deberá indicar tal circunstancia e informar, con anterioridad a la formalización del arrendamiento, y,

en todo caso, en el propio contrato de arrendamiento, de la cuantía de la última renta del contrato de arrendamiento de vivienda habitual que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, así como del valor que le pueda corresponder atendiendo al índice de referencia de precios de alquiler de viviendas que resulte de aplicación. Esta precisión es una concreción también para las viviendas adquiridas para su posterior arrendamiento, a las cuales les serán aplicables las medidas de control de rentas.

Como se desprende de la información mínima en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, el deber de información precontractual exige al adquirente-arrendador la información de su contenido y de la distribución de los riesgos. Esa exigencia persigue proteger al consumidor, porque conforme a la teoría del abuso, posterior a la [Directiva 93/13](#), el control de las cláusulas predispuestas surge como respuesta a la constatación de que normalmente se imponen a la parte contratante que se encuentra en una situación de inferioridad negocial. La expresión última de este deber y su fundamento está en el respeto a la buena fe contractual, regulado en el artículo 1258 CC.

El deber de información precontractual es exigible en España en virtud de los artículos 8 y 60 del [Real Decreto Legislativo 1/2007](#) y el artículo 6 de la [Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social](#). En concreto, el art. 6 de la Ley 1/2013 exige que los préstamos hipotecarios de un deudor persona física, sobre la vivienda habitual y celebrado en determinadas circunstancias, incluyan en la escritura pública que ha sido informado de los riesgos del contrato. Este deber también se encuentra establecido en los artículos 1298 y 1300 de la propuesta de [Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos](#). Asimismo, existen otras disposiciones que afectan a los préstamos hipotecarios, entre las que destaca especialmente la [Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios](#), que desarrolla normativamente el denominado «préstamo responsable». El cumplimiento del deber de información de la entidad financiera forma parte de los deberes de información precontractual. En este sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, [C-354/13, califica estos deberes como «de carácter precontractual, por tanto, no pueden ser cumplidos debidamente en el momento de la conclusión del contrato de crédito, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato»](#).

Por último, la importancia de la regulación del deber de información precontractual en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda radica en la excesiva onerosidad del contrato, que encuentra su fundamento en el art. 7 CC. El riesgo del contrato recae exclusivamente en el deudor por falta de información, un riesgo que en lo que se refiere al precio y su reembolso puede comprometer su capacidad económica para hacer frente al pago de la deuda. Para la apreciación de la excesiva onerosidad del contrato, se exige que la parte perjudicada no haya asumido este riesgo como sucede en la cláusula *rebus sic stantibus*.

1.3. Nueva regulación sobre arrendamiento de vivienda y de temporada

La Ley 12/2023 establece numerosas medidas respecto al arrendamiento de vivienda sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en los artículos 30 y 31, en varias disposiciones adicionales y transitoria y en sus disposiciones finales, con una serie de limitaciones respecto a la duración y las prórrogas del contrato, la fijación de la renta y su actualización, incentivos fiscales e importantes modificaciones de los juicios de desahucio.

En materia de alquiler los cambios afectan a los arrendamientos de vivienda, si bien, la Ley ha previsto la creación de un grupo de trabajo para estudiar medidas sobre los alquileres de uso distinto al de vivienda (disposición adicional quinta), contenidos en el art. 3 de la [LAU 1994](#), y, en particular, la regulación de los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas destinadas al uso vivienda. Lamentablemente, la técnica legislativa de esta disposición es mejorable, puesto que debería mencionar que el uso de vivienda tiene que ser el de «vivienda habitual», como residencia habitual del arrendatario, habida cuenta de la celebración de este tipo de contratos en fraude de ley y la consiguiente exclusión de la LAU 1994.

Resulta fundamental atender a la calificación y régimen aplicable establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, para así *determinar qué contratos son los calificados de «vivienda», y a los que, por tanto, les será aplicable la nueva normativa de la Ley 12/2023*. Para ello, debemos acudir al artículo 2 de la LAU que establece: «Se considera arrendamiento de vivienda aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». Es en su artículo 3 donde califica los arrendamientos de uso distinto al de vivienda, a los inmuebles que pueden ser perfectamente una vivienda, pero cuyo uso no reúne la condición de destino permanente:

1. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.
2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren.

Por otra parte, si nos detenemos en la LV, lo cierto es que en la modificación que realiza de la LAU 29/1994, concretamente al añadir los apartados 2 y 3 al artículo 10, indica expresamente: «En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente ley», por lo que es claro el carácter de permanencia o habitualidad que debe tener el arrendamiento, y, por otra parte, recordamos que el citado precepto resulta aplicable exclusivamente a los arrendamientos de vivienda conforme establece el art.4. 2 de la LAU.

En consecuencia, la ley por el derecho a la vivienda no será de aplicación a todos los arrendamientos de vivienda, sino que quedarán excluidos de la aplicación de sus nuevas medidas el arrendamiento de temporada, el arrendamiento de una habitación, el arrendamiento de una vivienda de uso turístico y el arrendamiento de viviendas suntuarias.

Asimismo, es importante poner de relieve que los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la LV se verán afectados en las siguientes cuestiones:

- Prórroga extraordinaria: añade dos apartados en el art. 10 de la LAU. Prórroga extraordinaria de un año en el contrato de arrendamiento, para los arrendatarios en situación de vulnerabilidad social y económica, donde *el arrendador sea un gran tenedor*. Y prórroga extraordinaria por plazos anuales hasta un máximo de tres, en los arrendamientos de vivienda situadas en *zona de mercado residencial tensionado*.
- Forma de pago de la renta: modifica el art. 17, apartado 3, indicando que el pago se efectuará a través de medios electrónicos, y solo excepcionalmente, cuando se carezca de cuenta bancaria o acceso a medios electrónicos, en metálico y en la vivienda arrendada.
- Límites de la renta: añade dos nuevos apartados, 6 y 7, en el citado art. 17. En los contratos de arrendamiento de viviendas situadas en zona de mercado residencial tensionado posteriores al 26 de mayo de 2023, la renta no puede exceder de la última renta que hubiese estado vigente en los últimos cinco años en la misma vivienda, una vez aplicada la cláusula de actualización anual de la renta del contrato anterior, ni repercusión de gastos que no estuviesen recogidos en el contrato anterior. Existe excepción de incremento con máximo del 10 % sobre la última renta vigente en los últimos cinco años en determinados supuestos previstos en el citado apartado 6.

En el apartado 7 contempla los contratos de arrendamiento de viviendas situadas en zona de mercado residencial tensionado, siendo el arrendador gran tenedor, posteriores al 26 de mayo de 2023, y también en aquellos arrendamientos sin contrato vigente en los últimos cinco años, en cuyo caso, la renta pactada al inicio del nuevo contrato no podrá exceder del límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia, atendiendo a las condiciones y características de la vivienda arrendada y del edificio en que se ubique, pudiendo desarrollarse reglamentariamente las bases metodológicas de dicho sistema y los protocolos de colaboración e intercambio de datos con los sistemas de información estatales y autonómicos de aplicación.

- Gastos de inmobiliaria y de formalización: modifica el apartado 1 del artículo 20. Correrán siempre a cargo del propietario, quien hace uso del servicio de una inmobiliaria es quien tiene que pagar los honorarios. Hasta ahora esta obligación se aplicaba sólo para los grandes tenedores.
- Índice de referencia para la actualización anual de los contratos de arrendamiento de vivienda. Se añade la disposición adicional undécima a la LAU 29/1994. El Instituto Nacional de Estadística definirá, antes del 31 de diciembre de 2024, un índice de referencia que se fijará como límite a los efectos del artículo 18 de la LAU.

Respecto al régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley por el derecho a la vivienda, la disposición transitoria cuarta establece que los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación, aunque, si las partes lo acuerdan, podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley, sin que afecte a las diferentes medidas de aplicación extraordinaria a los contratos vigentes de arrendamiento de vivienda y, en particular, la recogida en el artículo 46 del [Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo](#), respecto al límite en la revisión de la renta.

Por otro lado, señalar que, a los efectos de lo establecido en la LV, tienen la consideración de «grandes tenedores» aquellas personas físicas o jurídicas con más de diez viviendas en propiedad o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados (excluyendo garajes y trasteros). También se considerará gran tenedor a aquellos con más de cinco inmuebles de uso residencial en la misma zona tensionada, si así lo estima la comunidad autónoma a la que pertenezca. Cuando los arrendatarios alquilen en estas áreas se les aplicará un índice de contención de precios (art. 3 k LV). Y, por lo que se refiere a las «zonas tensionadas», aunque se mantiene la competencia de las entidades locales para su declaración, los requisitos para que los gobiernos autonómicos y municipales consideren una zona tensionada se rebajan. En un principio, tenían que cumplirse dos criterios, siempre de manera simultánea. Por un lado, la carga media del coste de la hipoteca o el alquiler más los suministros básicos debían superar el 30 % de los ingresos medios de la zona. Por otro, el precio de la vivienda, ya sea de compra o alquiler, en los cinco años previos a la declaración, debía haber experimentado un porcentaje de crecimiento acumulado al menos de cinco puntos porcentuales superior al del IPC autonómico. Ahora, con el nuevo texto, la declaración se podrá hacer efectiva cuando se cumpla tan solo una de las dos condiciones que la ley establece: que el esfuerzo financiero supere el 30 % de la renta media —una condición que se mantiene— o que los precios hayan aumentado al menos tres puntos por encima del IPC. La declaración de la zona tensionada la debe hacer la comunidad autónoma o el municipio y se revisará cada tres años, aunque podrá revertirse antes en caso de que el mercado se haya relajado. Además, se hará por zonas equivalentes a los distritos censales (art. 18 LV).

1.4. Procesos de desahucio, ejecución de hipoteca y subasta de bienes inmuebles

La nueva LV en su disposición final quinta introduce cambios importantes en el procedimiento de desahucio, de ejecución hipotecaria y en la subasta de bienes inmuebles, previstos en la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#). Estas modificaciones amplían las medidas existentes de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social

y económica (el llamado «escudo social»), estableciendo diversos preceptos relativos a la regulación del procedimiento ejecutivo de lanzamiento de la vivienda, cuando el ejecutado se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Erróneamente, la Exposición de Motivos se refiere a «la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad», confundiendo el procedimiento declarativo de desahucio por impago de rentas con el procedimiento ejecutivo de lanzamiento. Esta reforma elimina el consentimiento del interesado en el traslado a la Administración competente en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, para comprobar su situación de vulnerabilidad en procedimientos de desahucio.

Tras la tramitación parlamentaria de la LV, se han añadido como preceptos nuevos los arts. 439.6, 439.7 y 440.5 LEC, respecto de la recuperación de la posesión de una finca y el señalamiento del lanzamiento, respectivamente. Advertimos a su vez que, en situaciones de vulnerabilidad económica habitacional, no cabe prolongar la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario, ello justifica la calificación de estas situaciones de «inquiocupación». Por el contrario, procede aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento. Ello garantiza que la atención a los colectivos vulnerables no devenga abusiva para el propietario, encontrando como única excepción material que éste concurra en los supuestos de la obligación legal de alimentos, previstos en el art. 143 CC.

La nueva ley introduce un sistema alternativo de resolución de conflictos para favorecer un acuerdo de las partes en aras de evitar el lanzamiento, pensado para familias vulnerables. Asimismo, a falta de un acuerdo entre las partes, deberá concederse el tiempo necesario para que los servicios sociales del municipio donde radique la vivienda puedan ofrecer soluciones habitacionales y, en este sentido, se habilita al juez a establecer plazos superiores. Finalmente, se incluyen nuevas prorrogas en el lanzamiento y se estipula el acceso obligatorio a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos para personal vulnerable, en la línea de la mediación arrendaticia extrajudicial, directamente remitida a las partes por el juez (DF quinta de la LV, que modifica el art. 441.5 y 6 de la LEC). Además, serán las propias comunidades autónomas las que articulen mecanismos propios de mediación, quienes podrán usar sus recursos habitacionales para dar solución de vivienda a las personas que han sufrido un desahucio.

Por otro lado, señalar que esta ley extiende la protección del ocupante de la vivienda «en situación de vulnerabilidad» a aquellos otros que son propietarios de vivienda y no pueden pagar la hipoteca, es decir, a los supuestos de ejecución hipotecaria de vivienda habitual. Y lo hace en los mismos términos que en los procedimientos de desahucio.

Una novedad de notoria trascendencia de la LV, establecida en la disposición final quinta, en beneficio del ocupante de la vivienda que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tiene lugar cuando concurra en el demandante la condición de gran tenedor de viviendas, previo a la admisión a trámite de la demanda de

desahucio que pretenda promover. Como requisito de procedibilidad habrá de aportar con la misma un principio de prueba, consistente en un documento acreditativo de que el ocupante no se halla en dicha situación, de vigencia no superior a tres meses, emitido por los Servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda; si bien, como dicho documento exige el previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, el demandante podrá suplir este requisito aportando las declaraciones responsables a que se refiere la letra c) de dicha Disposición Final, acudiendo a los Servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda.

Por último, la LV extiende la protección del ocupante de la vivienda a los supuestos de subasta del bien inmueble en situaciones de vulnerabilidad. Así, en las subastas de bienes inmuebles, cuando éste constituya la vivienda habitual del ocupante y el propietario sea un gran tenedor de vivienda o se trate de una empresa de vivienda, *deberá acreditarse por el ejecutante, si no se hubiera hecho con anterioridad en el procedimiento* (lo cual ocurrirá normalmente, ya que, al dirigirse el procedimiento principal contra el deudor propietario, los inquilinos y demás usuarios, salvo los titulares de derechos reales inscritos previamente, no ostentan legitimación pasiva en el procedimiento ejecutivo del que trae causa la subasta, apareciendo dichos usuarios, normalmente, por primera vez en la correspondiente certificación de cargas que a los efectos de información de los futuros licitadores habrá de incorporarse a la ejecución), *la inexistencia de situación de vulnerabilidad económica del ejecutado*, aportando los documentos a que se refiere la disposición final quinta de la LV antes citada. En otro caso, si el ocupante de la vivienda se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, no podrá iniciarse la vía de apremio e inherente extinción de su derecho de uso de la vivienda si no se acredita que el ejecutante se ha sometido previamente al procedimiento de conciliación o intermediación entre las partes, que a tal efecto establezcan la Administraciones públicas competentes. Finalmente, señalar que, tanto en los procedimientos de desahucio, como de ejecución hipotecaria, como en la subasta de bienes inmuebles, en cualquier resolución judicial que tenga por objeto el señalamiento del lanzamiento del ocupante deberá incluirse el día y la hora exactos en que tendrá lugar.

María José CALVO SAN JOSÉ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
calvo@usal.es

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-5364]

La presente ley orgánica se caracteriza por la perspectiva integral que informa todo su articulado, no circunscribiéndose a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, sino abordando la salud sexual y reproductiva con perspectiva de género interseccional y transversal desde el derecho administrativo sanitario, penal y laboral, abriendo paso a la participación de entidades y organizaciones de la sociedad civil.

Así las cosas, la ley consta de un artículo único, de modificación de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de una disposición adicional y de un bloque compuesto por diecisiete disposiciones finales. Si bien se trata de una ley orgánica dictada al amparo del art. 81 CE, solo sus apartados 10 a 13 tienen tal carácter, conservando además las normas modificadas por las DF 7.^a a 9.^a su rango reglamentario (DF 3.^a).

Con carácter preliminar, hemos de señalar que esta ley orgánica supone la segunda gran reforma de la LO 2/2010, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, si bien su hecho diferencial con respecto a la «contrarreforma» que encarnó la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, reside en la recuperación del espíritu del legislador orgánico de 2010 en la configuración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo en menores de edad.

Frustrado el proyecto neoconservador del ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón, de Ley de Protección de vida del concebido, del año 2013, fundado en una lógica de supuestos de despenalización, la LO 11/2015 supuso un endurecimiento del ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo, tal y como criticó duramente el Comité DESC en su VI Informe de 2018 y CEDAW en sus recomendaciones de 2015, particularmente en mujeres con discapacidad y menores de edad (de 16 y 17 años), principal cambio legislativo que la presente ley aborda.

Por consiguiente, se prescinde de la exigencia del consentimiento parental, modificando la Ley 41/2001 de Autonomía del Paciente (DF 2.^a) y, con ello, eliminando las limitaciones a la capacidad jurídica de decisión sobre su maternidad, así como el propio de los representantes legales en caso de mujeres con capacidad modificada.

Igualmente, suprime el anterior plazo de reflexión de tres días (DF 1.^a), así como la obligatoriedad de recibir forzosamente información acerca de los recursos y las ayudas disponibles en caso de continuar con el embarazo, debiéndose proporcionar dicha información sólo si se requiere expresamente, a fin de evitar cualquier tipo de condicionamiento a la mujer.

Sin embargo, la presente LO no se limita a ser una mera rectificación de la «contrarreforma» del 2015, sino que aborda muchas de las principales problemáticas del ejercicio material y efectivo de este derecho. Así las cosas, consagra la obligación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, de garantizar la prestación en los centros hospitalarios, incorporando la doctrina del Tribunal Constitucional en lo tocante a la facultad de Alta Inspección atribuida al Estado (DA 1.^a), en tanto que garante de la igualdad en el acceso a las prestaciones en el marco del Sistema Nacional de Salud¹.

El establecimiento legislativo de tal obligación resulta acertado, puesto que el 78,04 % de las IVE se venían produciendo en centros extrahospitalarios de carácter privado, si bien tal disposición normativa debe ir correspondientemente dotada económicamente, a fin de garantizar su ejercicio bajo criterios de gratuidad, accesibilidad y proximidad. En ese sentido, la implantación de dispositivos y recursos humanos suficientes para la garantía del derecho en todo el territorio, en condiciones de equidad para suplir los flagrantes desequilibrios territoriales, será la que demuestre el grado de eficacia de la previsión legislativa y, por consiguiente, el éxito o no de la presente ley.

Así las cosas, hablar de IVE implica abordar necesariamente la regulación de la objeción de conciencia, concebido en todo caso como un derecho individual y no un obstáculo para el ejercicio de otro, exigiendo pues para su aplicabilidad la comunicación con antelación y por escrito, a fin de confeccionar un registro de objetores de conciencia del personal sanitario, en pro de la seguridad jurídica y sin perjuicio de la debida protección de datos de carácter personal (DA 4.^a).

Igualmente, la LO aborda el acceso a la anticoncepción de forma equitativa en clave territorial, en materia de disponibilidad, asequibilidad, distribución y accesibilidad, bajo criterios de corresponsabilidad y eliminación de roles sexistas, con medidas como la promoción de la investigación y la comercialización de anticonceptivos masculinos, junto a la previsión de gratuidad de los productos de gestión menstrual en centros educativos, penitenciarios y sociales, particularmente dirigida a mujeres en situación de vulnerabilidad (DA 3.^a).

De otra parte, una de las grandes innovaciones de la presente ley reside en el establecimiento del sistema de incapacidad temporal por menstruaciones dolorosas (art. 5 ter), ante contingencias comunes propias de la dismenorrea secundaria o situaciones incapacitantes asociadas a otras patologías². Sin embargo, la LO ha sido objeto de críticas sociales, políticas y doctrinales no solo por dejar desprovistas de protección otras situaciones de menstruaciones dolorosas sin patología previa, sino por el eventual riesgo de exclusión laboral femenina, si bien ha puesto en el centro del debate

1. STC 32/1983; STC 54/1990; STC 22/2012.

2. Recogidas en una cláusula exhaustiva pero abierta como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad o sangrados más abundantes de lo normal, etc.

público una cuestión invisibilizada y de gran incidencia negativa en la salud laboral y la productividad femenina, según los estudios y estimaciones realizadas³.

Del mismo modo y en lo concerniente a las incapacidades temporales, se recoge la baja por contingencias comunes propias de la interrupción voluntaria o no del embarazo, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, así como ante la gestación, desde el día primero de la semana trigésima novena de embarazo.

Finalmente, la ley reserva un bloque destinado a la garantía por parte de los poderes públicos de los derechos reproductivos y sexuales en el ámbito ginecológico y obstétrico, a la formación de profesionales de salud sexual con perspectiva igualitaria, así como a la educación en todos los niveles reglados. En ese sentido, no deja de lado la prevención de la violencia sobre las mujeres en lo concerniente a la salud sexual, recogiendo medidas contra la transmisión intencionada de infecciones sexuales como forma de violencia contra las mujeres, incorporando la reciente jurisprudencia en la materia⁴, así como contra la esterilización, la anticoncepción y el aborto forzosos y la gestación subrogada, siguiendo la senda marcada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, a través de la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación a través de la modificación de la Ley 34/1988 (DF 1.^a).

Emilio FERRERO GARCÍA
Investigador predoctoral
Universidad de Salamanca
emilioferrero@usal.es

3. FUENTES G.^a ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O. 2023: «La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas». *Briefs AEDTSS*, 2023, 15: 2-7.

4. SJI de Salamanca (Secc. 2) 155/2019; STSJA 186/2021.

Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo [BOE-A-2023-5365]

Nadie duda sobre la necesidad de elaborar, atendiendo a las circunstancias actuales del mercado de trabajo, una ley reguladora del empleo adaptada a los cambios experimentados en los últimos años en el funcionamiento y la eficiencia del modelo de relaciones laborales tras una crisis económica y sanitaria que en algunos sectores no ha sido posible remontar. La duda estriba en cuál debía ser el contenido atribuido a una norma de esta envergadura y de la garantía en el cumplimiento de expectativas, nunca a largo plazo, que ha de caracterizar cualquier planteamiento realista en esta materia.

Como idea inicial, hemos de partir del recorrido alcanzado por la, hasta ahora, anterior Ley de Empleo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre) y que, en contra de lo que pudiera parecer, en sus poco más de siete años de vigencia, apenas fue objeto de reajustes en cinco ocasiones, lo que parece contradecirse con la decisión de sustituirla por otra renovada, salvo que poco después de la refundición se hubiera constatado la inutilidad de tal tarea y el legislador estuviera ya pensando en un replanteamiento absoluto en su regulación.

En realidad, faltaba la justificación de por qué se había procedido a una refundición de normas, pues la Exposición de Motivos era tan sumamente escueta que no daba lugar más que a posibles especulaciones, que hacían pensar en un «efecto imitación» respecto a lo ocurrido en aquellos momentos con la tarea recopilatoria del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de Seguridad Social.

Partiendo, por tanto, de esa oportunidad en cuanto a la remodelación de las bases del sistema de empleo, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, en su amplio Preámbulo (tendencia ya más que consolidada en los últimos tiempos), ha optado no solo por justificar el porqué de la norma y describir su contenido, sino por extenderse en detalles, en demasía coyunturales, que rápidamente quedan superados y generan una falsa impresión de actualidad que en poco tiempo resulta desfasada.

Desde luego, sí es conveniente descender al origen de la norma: las consecuencias de la pandemia obligaron a las instituciones de la Unión Europea a adoptar medidas de recuperación económica con carácter inmediato, lo que se plasmó en el marco interno en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuyo componente 23 pretendía impulsar la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad, incluyendo la modificación (que no derogación) del Real Decreto Legislativo 3/2015 que regulaba la entonces vigente Ley de Empleo. La parte final del Preámbulo, cuando aplica los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, estima que no existe alternativa regulatoria alguna para proceder a una modificación de dicha norma, y que se impone, por contra, la necesidad de elaborar una regulación de nuevo cuño.

Entrando ya en el análisis del contenido normativo, podríamos destacar como objetivo prioritario la reforma de las políticas activas de empleo, que aspiran a cumplir

plenamente sus previsiones, pero cuya redacción, en múltiples ocasiones, no queda tan alejada de los planteamientos recogidos en su antecesora. La eficacia no se predica tanto de las medidas en sí mismas consideradas, sino en los medios o instrumentos para hacerlas efectivas, en lo que sería lograr una mayor coordinación entre ofertas y demandas de empleo; algo que hasta ahora seguía sin alcanzarse, a pesar de la introducción de herramientas tecnológicas, objetivo que se impone, asimismo, como una necesidad de urgente implantación, puesto que el uso de la inteligencia artificial facilitará la realización de trámites administrativos, hasta ahora excesivamente lentos e ineficaces.

Cabe hacer mención también a la actuación de los servicios de orientación, que ya en la ley anterior pretendían algo de difícil alcance: elaboración de itinerarios profesionales personalizados, a lo que la reforma reciente ha añadido un «acompañamiento» a lo largo de toda la vida laboral de la persona trabajadora, para detectar aquellas fases en las que resulte expulsada del mercado de trabajo y pueda volver a él a la mayor brevedad posible, combinándolo incluso con una mejora en su formación y en la adquisición de competencias más adecuadas.

Por último, el funcionamiento de los distintos servicios de gestión administrativa se erige como una actuación de carácter prioritario: la creación de nuevos entes (desaparición del Servicio Público de Empleo Estatal, SEPE, y su sustitución por la Agencia Española de Empleo, en lo que sería el tránsito de un organismo autónomo hacia una agencia estatal), cuya transformación se encomienda a un posterior desarrollo reglamentario; la imprescindible coordinación con los servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas, adaptados a las características singulares en materia de empleo de cada zona geográfica, y la red de información articulada a partir del renovado Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo están destinados a actuar de manera coordinada para evitar caer en los errores que anteriormente identificaron al Servicio Nacional de Empleo.

En realidad, se comprueba, al efectuar un análisis comparativo entre ambas normas, que muchas de las definiciones y objetivos apenas han experimentado cambios, reproduciéndose casi de manera idéntica o con unos simples retoques (ej. los ejes de las políticas de activación para el empleo, exactamente iguales, con la única matización de la anterior Estrategia Española de Activación para el Empleo, que cambia ahora su denominación a Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, o las obligaciones a las que quedan sujetas las agencias de colocación, que vienen a ser un calco del anterior art. 33.4).

La actividad de intermediación atribuida a estas agencias parece ampliarse, pero realmente apenas se formulan ligeros ajustes en sus competencias, centradas en la prospección y la captación de ofertas de trabajo, la puesta en contacto de ofertas de empleo con aquellas personas que pretenden una colocación o recolocación y la selección de quienes se consideran idóneos para un puesto de trabajo en particular, labores todas ellas que apenas ofrecen novedad alguna y que mantienen una línea de continuidad con las funciones asumidas con anterioridad. Ni siquiera la expresión

de «colocación especializada», más allá de la mera adaptación terminológica, genera cambios sustanciales para las personas trabajadoras que están expuestas o han experimentado ya un proceso de reestructuración empresarial.

Los colectivos de atención prioritaria son objeto de ampliación a resultas de la [Ley 4/2023, de 28 de febrero](#), para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, a pesar de que su mención es obvia, cerrando prácticamente el círculo de personas sometidas a especiales dificultades para el acceso al mercado laboral y que se vuelven así destinatarios privilegiados en las políticas de empleo por su pertenencia a un determinado grupo en el que, en ocasiones, puede quedar en cuestión el derecho constitucional a la intimidad y a no revelar la orientación sexual, como es este el caso.

Por último, y a modo de conclusión, convendría citar los dos ejes centrales sobre los que se asienta la ley, y que es, en primer término, la mejora en la empleabilidad. Se conceptúa, en tanto que desarrollo del art. 35 de la Constitución, como un mecanismo de ayuda para aprovechar las oportunidades de educación y formación enfocadas a la consecución y la conservación de un trabajo decente y de una progresión profesional, utilizando a tal fin las herramientas tecnológicas necesarias, que se valoran como una competencia básica que toda persona ha de alcanzar.

El otro aspecto trascendental en la ley lo constituye la eliminación de discriminaciones, fundamentalmente en materia de género, edad y discapacidad para garantizar la presencia de estas personas en todos los sectores de la actividad, con una ocupación adaptada a sus capacidades (como sería el acceso directo al mercado de trabajo ordinario, o de forma mediatizada, a través de la creación de centros especiales de empleo y enclaves laborales que permitan posteriormente la incorporación al mercado laboral de las personas con discapacidad) y actuando en favor de la desaparición de factores tales como la sobrerrepresentación y la infrarrepresentación en puestos y grupos profesionales por razón de género.

En definitiva, contamos con una nueva Ley de Empleo que no difiere tanto de la anterior, que plantea nuevos retos, que utiliza a modo de excusa las exigencias europeas para insistir en la necesidad de actualizar las políticas activas de empleo (algo que ya de por sí le viene dado a este tipo de iniciativas) que, hasta cierto punto, de modo contradictorio, reconoce pero encubre lo que han sido sucesivos fracasos de las medidas que en este ámbito se vienen aplicando desde hace años y que, esperemos, dé sus frutos y cumpla lo que el Preámbulo sitúa como reto primordial a alcanzar a corto plazo: implantar un concepto nuevo de política de empleo para dotar al sistema de las herramientas de actuación adecuadas para mejorar la empleabilidad de quienes demandan un puesto de trabajo.

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

Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda [BOE-A-2023-12203]

BENEFICIOS FISCALES EN EL IBI Y EN EL IRPF DESTINADOS A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

La Constitución española reconoce, en su art. 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada e impone seguidamente a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho. Todo ello como proyección de su art. 9.2, lo que explica su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la norma fundamental, referido a los principios rectores de la política social y económica.

Por su objeto, el derecho constitucional a una vivienda digna así reconocido incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, cuya incidencia e imbricación también se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resalta en la doctrina del Tribunal Constitucional, que es receptiva de aquella. Todo lo cual modula tanto el derecho de propiedad como la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, respectivamente (artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE).

La vivienda resulta ser, así, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas. Pero también, desde el punto de vista de su soporte físico, es un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión. De hecho, en el conjunto de la edificación urbana, la vivienda ocupa el 80 % del espacio construido y, como tal, es un factor determinante de la estructuración espacial. De ahí que la aprobación de la presente ley represente el cumplimiento del hito establecido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, relativo a la reforma CO2.R03 «Ley de Vivienda» recogido en el número 22 del anexo a la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 16 de junio de 2021, cuyo objetivo principal es la inclusión de acciones normativas estatales de apoyo al aumento de la oferta en el mercado inmobiliario de viviendas dignas.

En este sentido se incorporan en la disposición final segunda y tercera, respectivamente, dos medidas fiscales de apoyo al derecho a la vivienda: incentivos fiscales aplicables en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda y una modulación del recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI).

- *Incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda*

La disposición final segunda recoge una serie de incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda. En particular, se

modifica el apartado 2 del art. 23 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, estableciendo una mejora de la regulación del IRFP para estimular el alquiler de vivienda habitual a precios asequibles, a través de la modulación de la actual reducción del 60 % en el rendimiento neto del alquiler de vivienda, estableciendo que, en los nuevos contratos de arrendamiento, el porcentaje de reducción será del 50 %, que podrá incrementarse hasta el 90 %, en el caso de que se firmen nuevos contratos de arrendamiento de vivienda en zonas de mercado residencial tensionado con una reducción de al menos un 5 % sobre el contrato anterior. Esta reducción podrá alcanzar el 70 % cuando se trate de la incorporación al mercado de viviendas destinadas al alquiler en zonas de mercado residencial tensionado y se alquilen a jóvenes de entre 18 y 35 años en dichas áreas, o bien, se trate de vivienda asequible incentivada o protegida, arrendada a la Administración pública o entidades del tercer sector o de la economía social que tengan la condición de entidades sin fines lucrativos, o acogida a algún programa público de vivienda que limite la renta del alquiler. Y podrá alcanzar una reducción del 60 % sobre el rendimiento neto cuando se hubiesen efectuado obras de rehabilitación en los dos años anteriores.

– *Modulación del recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el IBI*

A través de la disposición final tercera se modula el recargo a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el IBI regulado en el art. 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que podrá aplicarse a aquellas viviendas vacías durante más de dos años, con un mínimo de cuatro viviendas por propietario, salvo causas justificadas de desocupación temporal, tasadas por la ley entre las que se encuentran, por ejemplo, el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, entre otros. Asimismo, se establece el incremento del recargo actualmente situado en el 50 % de la cuota líquida del IBI hasta un máximo del 150 %, en función de la duración de la desocupación y del número de viviendas también desocupadas que sean del mismo titular en el término municipal, con el objetivo de que tenga un mayor efecto en la optimización del uso del parque edificatorio residencial y refuerce el instrumento de los ayuntamientos para hacer frente a situaciones de vivienda desocupada a través de la fiscalidad. El recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
Profesora ayudante doctora
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
nrodriguezp@usal.es

Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias
[BOE-A-2023-12204]

**ASPECTOS CIVILES TRANSPOSICIÓN DE MODIFICACIONES A LA DIRECTIVA 2011/16/UE,
RELATIVA A LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD**

La Directiva (UE) 2021/514, del Consejo, de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, en adelante DAC 7, tiene como principales objetivos mejorar el marco existente para el intercambio de información y la cooperación administrativa en la Unión Europea, así como ampliar la cooperación administrativa a ámbitos nuevos, con el fin de abordar los desafíos que plantea la digitalización de la economía y ayudar a las administraciones tributarias a recaudar los impuestos de una forma mejor y más eficiente. En este sentido, se establece una nueva obligación de información respecto de los operadores de las plataformas digitales.

Asimismo, en un contexto internacional de fortalecimiento de los mecanismos de intercambio de información, hay que tener en cuenta la suscripción por parte de España del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes para el intercambio automático de información sobre la renta obtenida a través de plataformas digitales en el ámbito de la OCDE, así como otros acuerdos internacionales suscritos con el mismo objetivo. En este sentido, a efectos de facilitar a las jurisdicciones firmantes el intercambio de información al socaire del citado Acuerdo Multilateral, se ha aprobado en el seno de la OCDE un Modelo de Reglas de comunicación de información por parte de operadores de plataformas respecto de los vendedores en el ámbito de la economía colaborativa y la economía de trabajo esporádico, en adelante Modelo de Reglas, sustancialmente similar al contenido de la DAC 7, en particular, a las normas y procedimientos de diligencia debida de su anexo.

La transposición de la DAC 7 y la implantación del referido Modelo de Reglas en el derecho interno se efectuó a través de la modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en nueve puntos que resumiremos a continuación:

1. Dentro del título III relativo a la aplicación de los tributos, se modifica el art. 93 dentro de la sección 3.ª de colaboración social en la aplicación de los tributos. Así, en el listado de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas y demás entidades señaladas por la ley que están obligadas a proporcionar información a la Administración tributaria ahora se añade que las personas jurídicas o entidades deberán

comunicar a la Administración tributaria la identificación de los titulares reales de las mismas.

2. Dentro del mismo título y sección se modifica el art. 95 sobre el carácter reservado de los datos de trascendencia tributaria, extendiendo la permisión de cesión o comunicación de dichos datos a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos para la localización de los bienes y derechos susceptibles de ser embargados o decomisados en un determinado proceso penal, previa acreditación de esta circunstancia, y a las entidades responsables de los procedimientos de adjudicación de contratos y concesión de subvenciones vinculadas a la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en relación con el análisis sistemático de riesgo de conflicto de interés.
3. En el capítulo III reservado a las actuaciones y procedimientos de gestión tributaria, se modifican los arts. 120 y 122 de las autoliquidaciones con el objeto de seguir avanzando en la asistencia al contribuyente y en la mejora de la gestión tributaria; se establece un sistema único para la corrección de las autoliquidaciones, regulando con esta finalidad la nueva figura de la autoliquidación rectificativa. Esta nueva figura sustituirá, en aquellos tributos en los que así se establezca, el actual sistema dual de autoliquidación complementaria y solicitud de rectificación. De esta forma, mediante la presentación de una autoliquidación rectificativa el obligado tributario podrá rectificar, completar o modificar la autoliquidación presentada con anterioridad, con independencia del resultado de la misma, sin necesidad de esperar la resolución administrativa.
4. En el procedimiento de comprobación limitada que regulan los arts. 136 y 138 LGT se modifican, respectivamente, las actuaciones a realizar por la Administración tributaria extendiendo su aplicación al examen de registros y documentos contable de carácter mercantil que previamente estaban excluidos, y en cuanto a la tramitación del procedimiento se incluyen garantías procesales sobre el lugar donde se practicará el examen de la contabilidad.
5. En lo que respecta al procedimiento de apremio, se modifica el art. 174 sobre la declaración de responsabilidad otorgando la competencia exclusiva para iniciar el procedimiento al órgano de recaudación y no al órgano de liquidación como se preveía con anterioridad.
6. En el capítulo VI de asistencia mutua, se modifica el art. 177 *quater* que antes regulaba solamente los controles simultáneos, pasando a regular ahora de forma conjunta la presencia de funcionarios en España y viceversa, reconociendo la capacidad de participación en actuaciones a través de medios de comunicación electrónicos. La misma posibilidad de actuación a través de medios de comunicación electrónicos se reconoce en los controles simultáneos. También en este ámbito, se modifica el art. 177 *quinquies* pasando a regular las inspecciones conjuntas que se realizan por la Administración tributaria de forma conjunta con otro u otros Estados en relación con personas o entidades de interés común o complementario para los Estados intervinientes de acuerdo con la normativa de asistencia mutua

que resulte de aplicación. Así mismo, se modifica la disposición adicional vigésima segunda relativa a las obligaciones de información y de diligencia debida relativas a cuentas financieras en el ámbito de la asistencia mutua que en su numeral 7 regula las obligaciones de las instituciones financieras de comunicar a cada persona física sujeta a comunicación de información que la información sobre ella objeto de dicha obligación de comunicación será comunicada a la Administración tributaria y transferida al Estado miembro que corresponda con arreglo a la DAC 7.

7. Se modifica la disposición adicional vigésima tercera que regula la obligación de información sobre mecanismos transfronterizos de planificación fiscal incorporando las disposiciones normativas del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información relativa a los mecanismos de elusión del estándar común de comunicación de información y las estructuras extraterritoriales opacas y sus normas tipo de comunicación obligatoria de información para abordar mecanismos de elusión del estándar común de comunicación de información y estructuras extraterritoriales opacas.
8. Se modifica la disposición adicional vigésima cuarta. Obligaciones entre particulares derivadas de la obligación de información de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal, donde ahora el legislador exime de la obligación de presentar la declaración a los demás intermediarios y obligados tributarios interesados que participen en los citados mecanismos.
9. Se introduce una nueva disposición adicional vigésima quinta, que regula las obligaciones de información y de diligencia debida relativas a la declaración informativa de los operadores de plataforma obligados en el ámbito de la asistencia mutua dirigida a las entidades que tuvieran la consideración de «operadores de plataforma obligados a comunicar información» conforme a lo dispuesto en el artículo 8 *bis quarter* y el anexo V de la DAC 7 y a las personas o entidades que tuvieran la consideración de «vendedores» a través de plataformas digitales.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
Profesora ayudante doctora
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
nrodriguezp@usal.es

Real Decreto 16/2023, de 17 de enero, por el que se modifican el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, y el Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital [BOE-A-2023-1192]

La conectividad digital y el impulso a la tecnología 5G son los elementos basilares de la norma objeto de este comentario, cuya justificación se encuentra, precisamente, en la necesidad de robustecer la eficacia del uso del espectro radioeléctrico a fin de priorizar el despliegue de la banda ancha.

Los servicios audiovisuales televisivos tienen una cualidad definida ampliamente en la normativa sectorial europea y nacional de «interés general», por lo que el impulso de la innovación tecnológica deviene esencial.

Pero la naturaleza limitada de la «red de autopistas» por las que transcurren la televisión lineal —los servicios audiovisuales de mayor penetración y consumo mayoritario— conformada en torno al espectro radioeléctrico, determina que en la regulación de su uso se potencie la eficacia y la eficiencia, a fin de optimizar y maximizar la satisfacción tanto de los servicios de televisión como de comunicaciones electrónicas.

La norma que se reseña presenta un texto brevísimo, un carácter intempestivo y unas notas de perentoriedad que se aclararán a continuación.

En efecto, planteado en torno a dos únicos preceptos, bajo la rúbrica *Modificación del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero*, el primer artículo del Real Decreto 16/2023, de 17 de enero, establece una restricción parcial de las frecuencias de la banda de 26 GHz a la limitación del número de concesiones.

La necesidad de esta modificación viene motivada para dar cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 89.1 de la Ley 9/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones; así mismo, está justificada en las Disposiciones Generales del RD *ab initio*. *El Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por el Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, con el objetivo de garantizar un uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico, relaciona en su disposición adicional primera, las bandas de frecuencias con limitación de número de títulos habilitantes a otorgar, entre las que se encuentra la banda de 24,25 a 27,5 ghz (banda de 26 GHz), que es una de las bandas prioritarias para el despliegue de la tecnología 5G en Europa.*

Así, en el marco de la asignación de títulos habilitantes en la banda de 26 GHz, resulta necesario efectuar una reorganización en los usos de la citada banda, de modo que no todo el conjunto de la banda tenga limitación del número de títulos habilitantes

a otorgar, lo que exige la modificación del mencionado Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico.

Por su parte, el artículo segundo —titulado *Modificación del Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital*— establece como fecha tope para el fin de las emisiones de televisión digital terrestre en definición estándar el 24 de febrero de 2024.

La TDT es la principal tecnología de emisión y recepción de los servicios de televisión lineal. Se trata de una tecnología de sustitución impuesta —la modalidad elegida para llevar a cabo la digitalización de la señal hertziana, la vía mayoritaria en España—, y cuya implementación se ha desarrollado en distintas etapas.

Las emisiones de televisión digital terrestre en la modalidad de alta definición —y su corolario (*ad. ex. ultra alta definición*)— arrastran un retraso endémico. Al respecto, es altamente probable que las emisiones en alta definición se postpongan una vez más, puesto que la adaptación del parque de receptores de TDT aún no se ha completado.

La norma objeto de este breve comentario se completa con cinco disposiciones adicionales y una única disposición adicional.

El espectro radioeléctrico es un bien demanial público que ha sido objeto de una regulación híper-garantista. Todos los gobiernos sucesivos, sin excepción, han mostrado una actitud férrea, pues el «control» del audiovisual ha sido históricamente objeto de interés por parte de las distintas administraciones con competencias en la materia.

Esta particular «querencia» por el audiovisual vuelve a ponerse de manifiesto, una vez más, con la promulgación de una norma cuyo fondo y forma (la vía del Real Decreto debe ser excepcional y justificarse únicamente en la necesidad y urgencia) nacen de un ejercicio de control exorbitante por parte de la Administración.

En este sentido, el carácter intempestivo de esta norma se evidencia, de entrada, en la falta de previsión de un plan técnico que acoja el despliegue de aparatos receptores para acoger la alta definición.

A ello se añade el hecho de que la tecnología de la televisión hertziana digital y los tenedores de sus licencias respectivas —los radiodifusores titulares de las licencias de la TDT— presentan una madurez que acaso sugiera que pudieran ser ellos mismos los que libremente pudieran escoger la fecha de la migración en función de razones de mercado.

Por todo lo anterior, el Real Decreto 16/2023, de 17 de enero, es una norma intempestiva que se suma al aluvión de legislación de escaso rango que ha caracterizado la legislación del sector audiovisual y que, justificada en una necesidad técnica, atiende en el fondo a razones de oportunismo contingente, por lo que nace «muerta» antes incluso de haberse alumbrado. Por eso advertíamos antes de su carácter perentorio.

Laura CABALLERO TRENADO

Doctora acreditada a TU por la ANECA y Abogada (ICAM)

Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

lcaballero@der.uned.es

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914, de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión
[DOUE L 119, 5-v-2023]

BUSCANDO LA SIMPLIFICACIÓN Y LA ACTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Como parte del Paquete de simplificación del control de las concentraciones (*EU Merger Simplification Package*), aprobado el 20 de abril de 2023, se publicó el Reglamento de Ejecución 2023/914, de la Comisión, por el que se aplica el Reglamento 139/2004 sobre control de las concentraciones. Se trata, sin duda, de la norma más relevante del paquete legislativo, naciendo acompañada de una Comunicación de la Comisión sobre tramitación simplificada referida al Reg. 139/2004 y una segunda Comunicación relativa al art. 3, apartado 2; art. 13, apartado 3; y los arts. 20 y 22 del Reglamento de Ejecución que comentamos.

Como consecuencia de su aprobación y posterior entrada en vigor, el anterior Reglamento de Ejecución 802/2004 ha quedado finalmente derogado y repelido. Por ello, trataremos de exponer sucintamente las principales novedades que trae consigo el cambio de reglamento, aunque debe indicarse que se trata de una reforma continuista.

Como ya sabemos, el régimen de las concentraciones entre empresas en la UE ha resultado en una rama particular del derecho de la competencia que exhibe, sin duda, algunas singularidades nada desdeñables. En efecto, a diferencia de los ilícitos tratados en los arts. 101 y 102 del actual TFUE, el control de las concentraciones económicas se encuentra fuera del tratado, siendo regulada la materia actualmente en el Reg. 139/2004, a cuya compleción se dedica la norma que reseñamos. Se trata, como su propio nombre indica, de una disciplina basada en el sometimiento de la operación de concentración empresarial a un previo examen por parte de la Comisión, quien tiene la última palabra a la hora de autorizarla, condicionarla o prohibirla. En todo este proceso, son claves el diálogo y el intercambio de información entre la pluralidad de partes implicadas y afectadas por la concentración y la Comisión. Para empezar, porque pesa sobre las propias partes en proceso de concentración una obligación de notificación, so pena de multa por su incumplimiento. Los pormenores de la comunicación a lo largo del procedimiento se convierten, por tanto, en un asunto de primer orden para el adecuado flujo de información, así como para la seguridad y la confianza de los implicados. Estas cuestiones, en absoluto menores, se dejaron con acierto a la norma de ejecución, permitiendo su rápida actualización en caso necesario.

Así las cosas, desde el 1 de septiembre de 2023, el Reglamento 802/2004 ha quedado derogado, pasándose a regular la tramitación y la comunicación entre las

partes con base en el nuevo Reglamento 2023/914 (art. 26), si bien se prevé un régimen transitorio que permite a las concentraciones notificadas hasta el 31 de agosto de 2023 ser tramitadas conforme al régimen anterior (art. 25.2), algo que resulta una exigencia de seguridad jurídica, respetuosa con la documentación ya aportada en ese momento por la parte.

Los principales puntos de interés de la reforma serían los siguientes: 1) un régimen más amplio y flexible para el procedimiento simplificado, establecido por la Comunicación sobre procedimiento simplificado y que se cifraría en 2 nuevos supuestos en los que cabe acudir al procedimiento abreviado, así como la posibilidad para la Comisión de optar discrecionalmente por el procedimiento simplificado de tramitación para todo tipo de operaciones de concentración siempre que se cumplan ciertos umbrales de seguridad; 2) la racionalización y la simplificación de la documentación a aportar y su examen por parte de la Comisión; 3) un nuevo conjunto de formularios simplificados que optan por cerrar la amplitud anterior de las preguntas a responder por las partes notificantes, sustituyendo siempre que es posible el sistema de preguntas abiertas por otro de casillas predispuestas a marcar por la parte notificante; 4) en fin, la tramitación electrónica como norma y no como excepción.

En relación con la ampliación del ámbito del procedimiento simplificado, se suman dos supuestos nuevos: a) cuando las cuotas de mercado por separado o combinadas en sentido ascendente no superen el 30 % y la cuota de compra combinada respete ese mismo umbral; y b) cuando las cuotas de mercado, conjuntas o separadas, sean inferiores al 50 % en mercados ascendentes o descendientes; el índice de concentración de mercado (calculado como incremento del índice IHH) sea inferior a 150, y la empresa con cuota de mercado más pequeña sea siempre la misma en todos los mercados analizados.

De igual forma, la Comisión podrá de modo discrecional tratar determinadas concentraciones bajo el sistema de procedimiento simplificado, aunque no entren dentro de las categorías prefijadas, correspondiendo a las partes instar a la Comisión a utilizar este cauce procedimental. Para ello deben cumplirse algunos umbrales de salvaguarda: a) la cuota combinada de las partes que se fusionan deben encontrarse entre el 20-25 % en los solapamientos horizontales; b) la cuotas conjuntas o separadas de las partes en una relación vertical deben encontrarse en la horquilla del 30-35 %; c) cuando en relaciones combinadas la cuota conjunta o separada no supere el 50 % en un mercado y el 10 % en el otro mercado vinculado verticalmente; en fin, d) todas las operaciones entre empresas que conjuntamente tengan un volumen de activos entre 100 y 150 millones de euros en el Espacio Económico Europeo.

En lo referido al uso preferente de los medios electrónicos de comunicación (art. 22.2), el régimen de plazos, comunicaciones, obligaciones de las partes y capacidad decisoria de la Comisión permanece inalterado. La información se sigue considerando recibida en los mismos supuestos y bajo los mismos requisitos, así como se podrá suspender el plazo por idénticas razones y durante el mismo tiempo. La principal novedad en este sentido es que el cómputo y cumplimiento de los plazos se simplificará

de ordinario, pues se tendrán por recibidos los documentos en la fecha de recepción de éstos por parte de la Comisión (art. 5.1), lo que será el propio día hábil en que se envíen por vía electrónica (art. 22.4), emitiéndose un acuse de recibo electrónico al efecto por parte de la Comisión. La excepción serán los propios formularios de comunicación (en los que se encuentra el verdadero peso de la reforma y que se entenderán recibidos el propio día de remisión, siempre y cuando la recepción y el justificante emitido al efecto se encuentren dentro del rango horario de apertura de la Dirección General de Competencia, encargada de recibirlos (art. 22.4 *in fine*) y que constará en la correspondiente web.

La documentación electrónica deberá ir firmada mediante una firma electrónica cualificada y conforme a los requisitos del Reg. 910/2014 (eIDAS), así como a los propios criterios y especificaciones técnicas publicadas por la Dirección General de Competencia en su sitio web.

Dejando lo mejor para el final, lo más destacado de la reforma es, sin duda, el cambio experimentado por los formularios. Se trata, en principio, de cambios menores pero relevantes, tendentes a mejorar y facilitar el trabajo de preparación por parte de los notificantes. El epicentro de estos cambios será esencialmente el Formulario CO abreviado (Anexo II), cuyas secciones 1-7 y 13-16 se deberán cumplimentar en todo caso, permitiendo omitir ciertas partes cuando la concentración no dé lugar a solapamientos horizontales o a relaciones verticales, por poner algunos ejemplos interesantes. Lo más destacado del formulario, sin duda, es el cambio de la estructura formal, que pasa de un sistema basado principalmente en la redacción, la descripción y la explicación escrita por la parte notificante en respuesta a preguntas generales y abiertas, a un sistema de casillas predefinidas, donde la parte debe simplemente marcar o señalar las circunstancias relevantes. Ello facilita enormemente la labor de redacción, pero también la posterior revisión por parte de la Dirección General de Competencia.

Las descripciones prolijas y pormenorizadas se sustituyen ahora por cuestionarios simplificados y, sobre todo, por tablas tipo, donde se incluyen todos los datos relevantes para que la Comisión pueda valorar la operación, orientando a los empresarios sobre qué datos son relevantes y deben, por tanto, consignar. Algo que se hace notar especialmente en lo que se refiere a la definición de los mercados relevantes, tanto en el Formulario CO simplificado como en el ordinario. En este sentido destacan los cuadros de solapamientos horizontales y de relaciones verticales. De igual forma, la definición de los mercados relevantes trata de ampliarse, mandando a las partes notificantes operar sobre el concepto de «mercados plausibles», que incluye un conjunto diverso de mercados relevantes posibles o efectivos. En fin, el incremento del formalismo se ve compensado con frecuentes cláusulas de apertura tipo «información adicional que se desee hacer constar», de naturaleza residual, donde la parte podrá consignar toda la información que considere relevante, pero que no tenga cabida en el esquema formal propuesto por el formulario.

El resto de documentos (Formularios CO, EM y RM) mantienen esencialmente el mismo contenido que sus antecesores en el Reg. 802/2004, con pequeñas

modificaciones orientadas a dar claridad o mejorar la corrección del lenguaje técnico utilizado (por ejemplo, se sustituye audiencia formal por audiencia oral o, simplemente, audiencia), así como cierta reordenación de los contenidos descriptivos del formulario, a fin de darle mayor claridad y concisión.

Es previsible que los cambios introducidos faciliten la labor de las partes notificantes y de la Comisión, cumpliendo, por tanto, su cometido de agilizar los plazos de resolución y autorización de las concentraciones. Para ello, requisito imprescindible será que la información sea completa, esto es, según el propio reglamento, suficiente y no engañosa. En este sentido y como quiera que debe reconocerse la nueva realidad digital de la transmisión de documentos, el art. 22.5 considera como no recibida la información que llegue a la Comisión corrupta, con virus (o malware en general) o cuyas firmas electrónicas no puedan ser verificadas.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Profesor sustituto de Derecho Mercantil
Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es

Reglamento (UE) 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos [DOUE L 135, 23-V-2023]

LA UNIFORMIDAD EN LA SEGURIDAD GENERAL DE LOS PRODUCTOS EN LA UE Y LA FINALIDAD DE LA NORMA

El 10 de mayo de 2023 se ha aprobado el Reglamento (UE) 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la seguridad general de los productos, el cual ha entrado en vigor el 12 de junio y *será aplicable a partir del 13 de diciembre de 2024*, esto es, al año y medio de su entrada en vigor. El nombre completo de este acto jurídico es «Reglamento (UE) 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 87/357/CEE del Consejo» (DOUE L 135, de 23-5-2023, 1-51).

1. LA SEGURIDAD DE PRODUCTOS EN EL DERECHO COMUNITARIO

El derecho comunitario y de la Unión lleva prestando atención desde hace cuatro décadas, y cada vez en mayor medida, a la seguridad de los productos, y en particular de los productos de consumo, poniendo el énfasis en la importancia de la vigilancia y de que la respuesta sea rápida ante cualquier señal de peligro, entre otros aspectos. En este sentido, han de tomarse en consideración en primer lugar, cronológicamente, dos Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas de la década de los 80, *relativas a un sistema comunitario de intercambio rápido de informaciones sobre los peligros derivados de la utilización de productos de consumo*: por un lado, la «Decisión 84/133/CEE, del Consejo, de 2 de marzo de 1984» (DOCE L 70, 13 de marzo de 1984, 16 y 17) y, por otro lado, la «Decisión 89/45/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988» (DOCE L 17, 21 de enero de 1989, 51 y 52), que sustituyó a la anterior.

No mucho tiempo después fue aprobada la «Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos» (DOCE L 228, 11 de agosto de 1992, 24-32), buscando una primera armonización en la materia entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, sustituyendo a la Decisión 89/45/CEE [la previsión inicial era que esta decisión fuese aplicable hasta el 30 de junio de 1990 (art. 8), si bien estuvo vigente hasta el 29 de junio de 1994, fecha de aplicabilidad de la directiva, a los dos años de su aprobación].

Tras estos tres actos jurídicos comunitarios iniciales, y de varios años de experiencia de armonización normativa, se aprobó, casi a finales de 2001, una nueva directiva, la «Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos» (*DOCE* L 11, 15-1-2002, 4-17), a la cual habría de darse cumplimiento por parte de los Estados miembros antes del 15 de enero de 2004, fecha en que quedó derogada la anterior Directiva 92/59/CEE. De la nueva directiva se publicó una versión consolidada el 1 de enero de 2010.

La Directiva 2001/95/CE quedó completada, pocos meses después de comenzar su aplicación, con la «Decisión 2004/905/CE, de la Comisión, de 14 de diciembre de 2004, por la que se establecen directrices para la notificación a las autoridades competentes de los Estados miembros, por parte de los productores y distribuidores, de los productos de consumo peligrosos de conformidad con el apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo» (*DOCE* L 381, 28-12-2004, 63-77). Tales directrices se establecieron a modo de *Guía para la notificación* de tales productos de consumo peligrosos a las autoridades nacionales competentes, lo que, en el caso de España, se traduce a las autoridades autonómicas.

Después de casi dos décadas de aplicarse la segunda armonización normativa de la materia introducida por la Directiva 2001/95/CE en la Comunidad Europea, y una vez testados los resultados de la misma, se llega al «Reglamento (UE) 2023/988, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos» (*DOUE* L 135, 23-5-2023, 1-51).

2. EL REGLAMENTO (UE) 2023/988: PRUEBA DE LA CRECIENTE IMPORTANCIA DE LA SEGURIDAD DE PRODUCTOS EN LA UE

La primera observación que puede hacer cualquier persona especializada en esta materia, o simplemente relacionada con el ámbito jurídico, es que la regulación de la seguridad general de productos en el derecho de la UE ha pasado a otro nivel. Después de más de treinta años de armonización legislativa, las instituciones de la Unión (y los Estados miembros) se han decidido por la uniformidad con la aprobación de un Reglamento que, por definición, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Este acto jurídico aprobado por el Parlamento Europeo y por el Consejo ha supuesto un paso fundamental y necesario para alcanzar el pretendido objetivo de que los productos sean seguros de una manera uniforme dentro del conjunto del mercado de la Unión. El hecho de adoptarse un reglamento en sustitución de una directiva viene a mostrar una clara intención de crear un verdadero derecho comunitario en materia de seguridad de productos, más allá de las legislaciones internas de los Estados miembros. Se observa con ello, como se indicó al inicio de este comentario, que el legislador comunitario ha venido prestando con el paso del tiempo cada vez una mayor atención

a esta materia, mostrando la creciente importancia que se le viene otorgando en el marco de la UE desde aquellas Decisiones CEE del Consejo de los años ochenta. Lo que ha hecho este reglamento es «certificar» esa creciente importancia otorgada por el derecho de la UE.

Aunque sea un argumento menos sólido desde el punto de vista jurídico, otra prueba de la importancia dada a la materia es la creciente extensión regulatoria de la misma. Puede observarse en este sentido que tanto la Decisión CEE de 1984 como la Decisión CEE de 1988 contaban únicamente con nueve artículos, en ambos casos en dos páginas del *DOCE* (el primero tenía además seis considerandos y el segundo nueve considerandos). La Directiva CE de 1992, tras veinticuatro considerandos, contenía diecinueve artículos y un anexo, a lo largo de nueve páginas del *DOCE*. La Directiva CE de 2001 disponía de cuarenta considerandos, veinticuatro artículos y dos anexos, en catorce páginas del *DOCE*. Finalmente, el reciente Reglamento UE de 2023 dispone de ciento ocho considerandos, cincuenta y dos artículos y un anexo, en cincuenta y una páginas del *DOUE*. Como decimos, si bien jurídicamente estos datos no representan un argumento, no dejan de ser bastante significativos de esa evolución normativa.

3. LA FINALIDAD DEL REGLAMENTO, EXPRESADA EN EL MISMO

Mostrada la creciente importancia dada por el legislador comunitario a la materia de la seguridad de los productos, no se entiende el orden de prioridad establecido en el mismo reglamento al indicar expresamente cuál es su finalidad.

El *objeto* del Reglamento (UE) 2023/988 es establecer «normas esenciales sobre la seguridad de los productos de consumo introducidos en el mercado o comercializados» (ap. 2.º del art. 1 RSGP), habiéndose aprobado con la *finalidad*, dice el reglamento, de «mejorar el funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de los consumidores» (ap. 1.º art. 1 RGSP). Cabe indicar que tal finalidad quizás podría haberse planteado a la inversa, esto es, que su finalidad fuese garantizar «un nivel elevado de protección de los consumidores», logrando con ello, al mismo tiempo, «mejorar el funcionamiento del mercado interior», siendo ese «mejoramiento» del mercado interior una consecuencia de ese nivel de protección.

El apartado segundo del art. 26 TFUE (antiguo art. 14 TCE) contempla el principio de *libre circulación de mercancías* como una de las cuatro libertades conformadoras, y necesarias, del *mercado interior* dentro de la UE, mercado cuyo establecimiento y funcionamiento viene garantizado por la Unión a través de la adopción de las oportunas medidas (ap. 1.º art. 26 TFUE). En este sentido, hay que tener en cuenta que la libertad de circulación de mercancías supone la supresión de barreras, arancelarias y no arancelarias, y de las fronteras intracomunitarias, no sólo a la producción interior, sino también a bienes producidos en terceros países que tras entrar en la UE se benefician de la libre circulación por el mercado interior. Ello supone una proliferación de los

bienes en circulación por los mercados nacionales que conforman el mercado interior de la UE, representando un hándicap para su control por parte de las Administraciones competentes, bien comunitaria, bien nacionales.

Ahora bien, esa libertad, aunque fundamental, no es absoluta, sino que está supe-
ditada por el propio TFUE a otros intereses, tal como resulta del art. 36 TFUE (antiguo
art. 30 TCE), como son «el orden público, la moralidad y seguridad públicas, la *protec-
ción de la salud y vida* de las personas y animales, la preservación de los vegetales, la
protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o la protección de
la propiedad industrial y comercial».

Siendo así, no se comprende la razón por la que en el propio reglamento que re-
gula la seguridad general de los productos se pone el «funcionamiento del mercado
interior» (la libre circulación de mercancías) por delante del «nivel elevado de protección
de los consumidores» que brinda la regulación de la seguridad de productos en esa
protección de la salud y la vida.

La misma Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de diciembre del 2000
contempla la protección de la salud (art. 35 CDFUE) y la protección de los consumi-
dores (art. 38 CDFUE) como derechos o principios fundamentales del marco jurídico de
la Unión. No es casualidad que aparezcan ambos en el mismo capítulo de la Carta, el
capítulo IV, referido a la *Solidaridad*, uno de los valores universales sobre los que está
fundada la Unión. Señala la Carta en su Preámbulo que la Unión «trata de fomentar un
desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes,
servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. Para ello es necesario,
dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos
fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los
avances científicos y tecnológicos». La conservación de ese alto nivel de protección de
los consumidores, por tanto, va pareja a ese progreso y esos avances, siendo la garan-
tía de seguridad de los productos por ello un elemento esencial para dicha protección,
anteponiéndose a la garantía de las libertades de circulación.

Anteponer, como hace el art. 1 RGSP, la libre circulación, la mejora del mercado
interior a la seguridad de los productos es un camino peligroso que no parece que
sea intención del legislador comunitario el recorrerlo, antes al contrario, en vista de lo
señalado.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL REGLAMENTO

El reglamento comprende, como antes quedó indicado, ciento ocho consideran-
dos, cincuenta y dos artículos y un anexo. La parte articulada consta de once capítu-
los, que pasamos a resumir.

El capítulo I contiene unas *disposiciones generales* con la finalidad y el objeto del
reglamento (art. 1); el ámbito de aplicación, con exclusión de un listado de productos

(art. 2), y unas definiciones, hasta veintiocho, a los efectos del reglamento (art. 3), finalizando con una previsión en cuanto a la venta de productos a distancia (art. 4), para señalar que se consideran comercializados si la oferta se dirige a consumidores de la UE, lo cual sucede cuando dirige su actividad a algún Estado miembro (uno o más).

El capítulo II se refiere a los *requisitos de seguridad*, planteando como requisito general que «los operadores económicos sólo comercializarán o introducirán en el mercado productos que sean seguros» (art. 5), para a continuación contener algunos aspectos a tener en cuenta en la evaluación de la seguridad de los productos, una presunción de conformidad con el requisito general de seguridad y unos elementos adicionales a considerar en la evaluación.

El capítulo III contiene las *obligaciones de los distintos operadores económicos* que pueden participar en el proceso de comercialización o introducción del producto, fijando primeramente (arts. 9 a 13) unas obligaciones para los fabricantes, los representantes autorizados, los importadores y los distribuidores, pudiendo exigirse algunas de las obligaciones de los fabricantes a otros operadores económicos. A continuación, este capítulo recoge unas *obligaciones transversales* a las que han de dar cumplimiento los operadores económicos (arts. 14 a 21): disponer de procesos internos relativos a la seguridad los productos, cooperar con las autoridades de vigilancia del mercado, designación de la persona (operador) responsable de los productos introducidos en el mercado interior, cumplir con requisitos de trazabilidad para determinados productos (o categorías o grupos de productos), contenido a ofrecer en la oferta en el caso de venta a distancia, y ciertas obligaciones derivadas del acaecimiento de un accidente relacionado con la seguridad de producto, señalándose por último que la información a ofrecer por los operadores podrá ponerse a disposición en formato electrónico.

El capítulo IV, integrado por un único artículo, bastante extenso (art. 22), se refiere a *obligaciones específicas* relacionadas con la seguridad de los productos de los *prestadores de mercados en línea*.

El capítulo V contiene dos artículos que se refieren a la *vigilancia del mercado*, recogiendo (art. 23) unas reglas que afectan a la aplicación del «Reglamento (UE) 2019/1020, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos» [DO L 169, 25.6.2019] y exigiendo a los Estados miembros la comunicación de los actos de ejecución, elaborando la Comisión posteriormente un informe anual de síntesis (art. 24).

El capítulo VI se refiere al *Sistema de Alerta Rápida «Safety Gate»*, para la notificación rápida de productos peligrosos, y al *portal web «Safety Business Gateway»*, para proporcionar información tanto a las autoridades de vigilancia del mercado como a los consumidores, facultando a la Comisión para adoptar los actos delegados necesarios para desarrollar el reglamento en relación con el Sistema de Alerta Rápida y para la elaboración de directrices para la aplicación práctica del portal web (arts. 26.10 y 27.2).

El capítulo VII, bajo el epígrafe *Función de la Comisión y coordinación de la garantía de cumplimiento*, contiene en los arts. 28 y 29 ciertas medidas de la Unión contra productos que presenten un riesgo grave y una *presunción de peligrosidad* cuando

una autoridad de vigilancia declara la peligrosidad de un producto, con la emisión de un *dictamen por la Comisión en caso de discrepancia* o divergencia entre autoridades de vigilancia sobre la evaluación del riesgo y la peligrosidad de producto. También crea (art. 30) la «Red de Seguridad de los Consumidores», que no es sino una red europea de autoridades de los Estados miembros competentes en materia de seguridad de los productos, refiriéndose a continuación (arts. 31 y 32) a las actividades conjuntas que las autoridades de vigilancia del mercado puedan llevar a cabo en materia de seguridad de los productos y a las acciones de control simultáneas y coordinadas (denominadas «barridos» en el reglamento) de dichas autoridades de vigilancia.

El capítulo VIII se refiere a la *información del público en general* por parte de las autoridades de los Estados miembros y/o la Comisión, y a la creación de un *portal «Safety Gate»* para que el público en general pueda consultar gratuitamente las informaciones notificadas sobre productos (arts. 33 y 34), así como a la información que debe proporcionarse a los consumidores por parte de los operadores económicos y los prestadores de mercados en línea (art. 35). Se regulan además los denominados «Avisos de recuperación» y las posibles soluciones a ofrecer por los operadores económicos en caso de recuperación de productos por motivos de seguridad (art. 36 y 37).

El capítulo IX se dedica a la *cooperación internacional* de la Comisión con las autoridades de terceros países y con organizaciones internacionales, sobre la base de la reciprocidad.

Por último, el capítulo X contiene unas *Disposiciones financieras* y el capítulo XI recoge unas *Disposiciones finales* en relación con la responsabilidad, no afectando este reglamento a lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, relativa a la responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos (art. 43), las sanciones ante infracciones (art. 44); el otorgamiento a la Comisión de poderes para adoptar actos delegados (art. 45); el procedimiento de comité, la evaluación y la revisión del reglamento (arts. 46 y 47); las modificaciones y derogaciones de normas (arts. 48 a 50); la disposición transitoria (art. 51), y la entrada en vigor y aplicación (art. 52).

En relación con las *modificaciones de normas*, los arts. 48 y 49 del RGSP modifican los artículos 10 y 11 del «Reglamento (UE) n.º 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea» [DO L 316, 14.11.2012; versión consolidada de 9.07.2023] y el anexo I.8 de la «Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores» [DO L 409, 4.12.2020; versión consolidada de 2.05.2023].

En cuanto a las *derogaciones de normas*, el art. 50 del RGSP deroga de manera expresa, con efectos de 13 de diciembre de 2024, la «Directiva 2001/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos» [DO L 11, 15.1.2002; versión consolidada de 1.01.2010] y la «Directiva 87/357/CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos de apariencia

engañosas que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores» [DO L 192, 11.7.1987].

Al final del reglamento se acompaña un anexo con una tabla de correspondencias entre el RGSP y la Directiva 2001/95/CE que deroga, estableciéndose igualmente correspondencias con la otra directiva que deroga y con el Reglamento (UE) n.º 1025/2012, que modifica.

El Reglamento *entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DO y resulta aplicable a partir del 13 de diciembre de 2024* (art. 52 RSGP), debiendo observarse que *hasta ese momento va a continuar vigente la Directiva 2002/95/CE*, siendo entonces cuando quede derogada por el reglamento —junto con la Directiva 2001/95/CE— (art. 50 RSGP). Entre tanto, los productos que se hayan introducido o que se introduzcan en el mercado antes del 13 de diciembre de 2024 y que sean conformes con la Directiva 2001/95/CE podrán seguir comercializándose dentro de la UE —aunque no sean conformes con el reglamento—, no pudiendo los EE. MM. impedir la comercialización de los mismos (art. 51 RSGP). Ello implica —aunque no lo diga el reglamento— que los EE. MM. no podrán obstaculizar ni entorpecer el comercio de tales productos con ninguna medida, lo que constituiría un obstáculo a la libertad de circulación de mercancías prohibido por los arts. 26 y siguientes del TFUE.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión [BOE-A-2023-7053]

COMENTARIO DE LAS NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE VALORES Y LOS SERVICIOS DE INVERSIÓN¹

1. PRESENTACIÓN

La Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (en adelante, LMV), es una norma bien recibida por el sector, se configura como una «Ley Marco» que se desarrollará por tres reales decretos y ha derogado el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre —antigua LMV—. La Ley 6/2023 ha permitido: i) sistematizar y reordenar la normativa del mercado de valores; ii) adaptar la legislación nacional a las últimas novedades legislativas aprobadas en el Parlamento Europeo, en particular en materia de criptoactivos y tecnologías de registros distribuidos; iii) simplificar y flexibilizar algunos trámites —por ejemplo, el procedimiento de emisión de valores de renta fija o la eliminación de las obligaciones de información en el proceso de compensación y liquidación de valores— con la intención de aumentar la competitividad del mercado de valores; iv) introducir novedades en materia de opas, empresas de servicios de inversión e instituciones de inversión colectiva; y v) regular por primera vez la figura de las *Special Purpose Acquisition Company* —en adelante SPAC—.

Ahora bien, como toda norma de mercados complejos —como es el mercado de valores—, por un parte, se aprueba con la certeza de que pronto necesitará de reformas y desarrollos, como es el caso de la regulación sobre criptoactivos financieros y la tecnología de registro distribuido; y, por otra, ofrece regulación a figuras que han sido novedosas, pero que el propio mercado, por sus particularidades, se ha encargado de ensalzar y desechar en poco tiempo, como es el caso de las SPAC, cuya regulación ha sido tardía, por cuanto todos los expertos apuntan que el contexto socioeconómico actual ya no favorece su utilización.

Para comprender la necesidad de esta reforma hay que recordar que la normativa marco reguladora de los mercados de valores se ha visto transformada en las últimas décadas por dos fenómenos: el incremento de las normas reglamentarias que la desarrollan —debido a su cada vez mayor sofisticación— y la incorporación de

1. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto para Grupos de Excelencia PROMETEO/2021/013 «Responsabilidad social de la empresa: hacia un sistema financiero socialmente responsable» de la Generalitat Valenciana. Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universidad de Valencia.

un creciente número de normas de derecho de la Unión Europea, consecuencia de la propia integración europea. En efecto, si bien los mercados de capitales y de servicios financieros se unieron al proceso de integración europea más tarde que otros mercados —como por ejemplo el de mercancías—, lo cierto es que el proceso de integración de los mercados de capitales europeos ha sido muy intenso en los últimos años. El legislador europeo persigue la creación de un mercado único para favorecer el libre flujo de capitales en todo el territorio europeo —conocido como la «unión del mercado de capitales»—, y la coexistencia de diferentes normas nacionales —con sus singularidades— dificultaba esa finalidad, por lo que se ha optado por eliminar barreras legislando. Junto a toda esta normativa específica de mercado de capitales, no menos importante desde la perspectiva de la reforma, estaba la necesidad de adaptar estos mercados al conocido como «paquete de finanzas digitales de la UE». Por ello se requería de una actualización y simplificación de nuestra normativa nacional que permitiera al mercado español de valores competir con otros mercados internacionales, abriendo nuevas fórmulas de financiación a los empresarios y, a su vez, ofreciendo nuevas fórmulas de inversión para los ahorradores.

La ley consta de 340 artículos, que se estructuran en 10 títulos, y contiene 8 disposiciones adicionales, 7 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 15 disposiciones finales. El título I contiene las disposiciones comunes relativas al objeto y ámbito de aplicación de la ley y a los valores negociables. El título II regula la naturaleza y régimen jurídico de la CNMV, así como sus funciones, competencias y organización. El título III contiene las disposiciones sobre el mercado primario de valores negociables. El título IV regula los distintos centros de negociación (mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación y sistemas organizados de contratación), así como los sistemas de compensación, liquidación y registro de valores. Asimismo, incorpora disposiciones relativas al régimen de límites a las posiciones en derivados y establece los requisitos de información periódica de los emisores, las obligaciones de información sobre participaciones significativas y autocartera y el régimen aplicable a las ofertas públicas de adquisición. El título V introduce el régimen aplicable a las empresas de servicios de inversión, incluyendo el procedimiento de autorización, el régimen de prestación de servicios en terceros Estados, los requisitos de información y de gobernanza, la política de remuneraciones y los mecanismos de gestión. El título VI contiene el régimen aplicable a los proveedores de servicios de suministro de datos, su procedimiento de autorización y los requisitos de funcionamiento y de organización interna. El título VII incorpora las disposiciones relativas al Fondo de Garantía de Inversiones. El título VIII contiene las normas de conducta aplicables a los prestadores de servicios de inversión y la normativa relativa al abuso de mercado. El título IX regula el régimen de supervisión, inspección y sanción de la CNMV. Y el título X contiene el régimen fiscal de las operaciones sobre valores.

2. NOVEDADES

Obviamente un análisis sobre una norma de la naturaleza y relevancia de ésta excede con mucho de la finalidad de este comentario, por lo que se considera que lo más adecuado es ofrecer una contextualización de las novedades más significativas introducidas en la nueva LMV.

2.1. *Ofertas públicas de adquisición (opas)*

Las tres cuestiones más relevantes de la reforma en materia de opas son, a nuestro juicio: i) la ampliación del ámbito de aplicación del régimen de opas, que se extiende a las sociedades que coticen en un sistema multilateral de negociación (SMN), como BME Growth, y tengan su domicilio en España; ii) se prevé, a efectos de la definición de los supuestos de adquisición de una participación de control que determinan la obligación de formular una opa, que el control puede alcanzarse no solo mediante pactos parasociales, sino también mediante pactos de «otra naturaleza» con otros titulares de valores; y, por último, se habilita a la CNMV a dispensar de la obligación de formular una opa como resultado de la solicitud de exclusión voluntaria de negociación, en el supuesto de que las acciones se encuentren admitidas a negociación en otro centro de negociación domiciliado en la Unión Europea.

2.2. *Criptoactivos y tecnología de registro distribuido (TRD)*

La Ley 6/2023 se ha encargado de adaptar la normativa nacional del mercado de valores al contenido del conocido «Paquete de Finanzas Digitales de la UE». Concretamente, ha incorporado el contenido de los reglamentos relativos a: (i) Mercados de activos digitales, mediante el conocido como Reglamento Mica (por sus siglas en inglés, *Markets in Cryptoassets*); (ii) Infraestructuras de mercado basadas en la TRD; (iii) Resiliencia operativa digital, a través del Reglamento DORA (por sus siglas en inglés, *Digital Operational Resilience Act*).

La nueva LMV se encarga de regular aquellos instrumentos TRD que sean valores negociables. Partiendo del principio de neutralidad tecnológica, se indica que el hecho de que un instrumento se emita, registre o transfiera mediante la tecnología de registro distribuido no altera su calificación, de modo que, si cumple con la definición prevista en el artículo 2 LMV —«Instrumentos financieros sujetos a esta ley»—, se considerará como un valor negociable. Así, la LMV se encarga de regular aspectos tales como la naturaleza jurídica de los instrumentos, su régimen legal, constitución, legitimación, transmisión, régimen de cargas y gravámenes, forma de representación o el funcionamiento del sistema de registro TRD.

En concreto, i) se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley y se consideran instrumentos financieros —con las particularidades que se establecerán reglamentariamente— los valores negociables registrados o representados mediante sistemas

basados en la TRD; ii) se permite el cambio de representación de valores basados en tecnología TRD al sistema de anotaciones en cuenta o a títulos, previo consentimiento de sus titulares y sujeto a la autorización de la CNMV; y se designa a la CNMV como autoridad competente de la supervisión del cumplimiento del Reglamento Mica.

2.3. *Regulación de las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición (SPACs)*

Por primera vez en nuestro ordenamiento se ofrece una regulación sobre las sociedades cotizadas con propósito para la adquisición —conocidas por su acrónimo en inglés como SPACs)—. Se trata de sociedad cotizada constituida con el objeto de adquirir la totalidad o una participación en el capital de otra sociedad o sociedades cotizadas o no cotizadas, directa o indirectamente, a título de compraventa, fusión, escisión, aportación no dineraria, cesión global de activos y pasivos u otras operaciones análogas; y que deberán incorporar al menos uno de los siguientes mecanismos de reembolso de los accionistas: (i) un derecho estatutario de separación una vez que la SPAC anuncie la adquisición o fusión; (ii) la emisión de acciones rescatables; o (iii) la reducción de capital mediante la adquisición de sus propias acciones para su amortización (formulando una opa de reducción de capital).

Pues bien, la SPAC contará con un plazo de 36 meses para formalizar la adquisición, que podrá ampliarse en 18 meses adicionales si así lo aprueba la junta general. Y si, como consecuencia de la adquisición o de la aplicación del mecanismo de reembolso escogido, algún accionista alcanza, directa o indirectamente, una participación de control de la sociedad resultante (30 % o más de los derechos de voto), dicho accionista estará exceptuado automáticamente de la obligación de formular una opa. Pero si la SPAC lleva a cabo, como mecanismo de reembolso, una reducción de capital mediante la adquisición de sus propias acciones para su amortización tendrá que formular una opa de reducción de capital. Finalmente, apuntar que este nuevo régimen resulta también aplicable a las SPAC que coticen en un SMN. Si bien, como se ha dicho, el contexto jurídico-económico actual ya no es favorable para el recurso de esta institución, por lo que todo apunta a que no asistiremos a su utilización práctica a corto plazo.

2.4. *Otras novedades*

En materia de empresas de servicios de inversión (ESI) interesa destacar que: i) se incrementa la protección del inversor, particularmente en todo lo relativo al proceso de digitalización; ii) se traspone la Directiva 2019/2034 sobre el régimen prudencial de empresas de servicios de inversión, introduciendo novedades en las normas de conducta y de solvencia de estas entidades; y iii) se designa a la CNMV como la encargada de adaptar las nuevas exigencias en función del tamaño, naturaleza y complejidad de las actividades desarrolladas por la ESI.

Por su parte, respecto de las instituciones de inversión colectiva, se modifica la Ley 35/2003, eliminando, por ejemplo, la definición del contenido mínimo del Documento de Datos Fundamentales para el Inversor (DFI) o la obligación de proporcionar, previa solicitud, el informe trimestral —en materia de información a partícipes y accionistas de fondos y sociedades de inversión—.

Se simplifica el procedimiento de emisión de valores de renta fija, al someterse su admisión a negociación a la verificación únicamente del organismo rector del mercado regulado, eliminándose el requisito de verificación por parte de la CNMV —aunque ésta deberá seguir aprobando el folleto correspondiente—.

Se modifica el régimen sancionador de los participantes en los mercados de valores. Las infracciones y las sanciones se tipifican en un único artículo para cada tipo de conducta infractora y en función del reglamento de la Unión Europea del que proceden, y se reduce el plazo de prescripción de las infracciones graves de cinco a cuatro años.

3. CONCLUSIÓN

La Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, ya está, con carácter general, en vigor (20 días de su publicación en el *BOE*); si bien, mientras no se dicten las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo, se mantendrán en vigor las normas vigentes sobre los mercados de valores y los servicios de inversión, siempre que no se opongan a lo establecido en la nueva ley.

La valoración que sobre la misma debe hacerse es, en principio, positiva. En el mercado de capitales, la «homogenización» de la regulación genera eficiencias para todos los actores implicados, permitiendo competir en un mercado internacional cada vez más complejo y sofisticado. Y la modernización de la regulación, para atender a las necesidades de digitalización y nuevas tendencias de mercado, era casi una necesidad imperiosa. Con todo, para valorar plenamente los efectos de la reforma todavía habrá que esperar. Y ello por la técnica legislativa utilizada: ley marco con tres reglamentos de desarrollo. Si bien, esta opción parece adecuada, por más eficiente, porque permitirá en un ámbito en el que el mercado es tan cambiante adaptar la normativa vía reglamento de manera más ágil a las nuevas necesidades.

Jaume MARTÍ MIRAVALLS
Profesor titular de Derecho Mercantil
(acreditado a catedrático)
Universidad de Valencia
jaime.marti@uv.es

Francisco CASTILLO IBORRA
Becario de colaboración de Máster del MEyFP
Departamento de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Ley 11/2023, de 8 de mayo. Título I: Transposición de la Directiva (UE) 2019/882, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios [BOE-A-2023-11022]

ACCESIBILIDAD DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS

La [Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (Nueva York, 13 de diciembre de 2006) contiene, como uno de sus principios generales, la accesibilidad [art. 3, letra f)] y contempla en su artículo 9 la adopción de diversas medidas que permitan que las personas con discapacidad «puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida».

Estas medidas deberán permitir que se asegure el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones a las restantes, «al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales». La tarea para conseguir dar cumplimiento a este principio es la de identificar, para después eliminar, cuáles son los obstáculos y las barreras de acceso que se crean. Fundamentalmente, deben aplicarse a: 1.º edificios, vías públicas, transporte y otras instalaciones exteriores e interiores (escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo) y 2.º servicios de información y comunicaciones, a los que hay que añadir cualesquiera otros servicios (incluidos los servicios electrónicos y de emergencia). Todos los Estados que sean parte en esta Convención deben adoptar medidas que faciliten esa accesibilidad requerida.

España es uno de los países que, con anterioridad a la aprobación de la Convención, ya contaba en su ordenamiento jurídico con una disposición, la [Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad](#), que apostaba por conseguir este objetivo, instando al Gobierno a regular, en el marco de sus competencias, unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación (art. 10). Sus propuestas de accesibilidad se han visto ampliadas y desarrolladas en el texto del [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social](#), que, en el marco del derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad (capítulo V), contempla las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en distintos ámbitos (arts. 22 a 29 bis) y recoge una serie de medidas de acción positiva para facilitar esa accesibilidad (arts. 30 a 34). El apartado 2 de la DF tercera de esta norma establecía un plazo de dos años para que el Gobierno aprobara unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, en desarrollo de lo establecido en el artículo

29, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público. Este desarrollo reglamentario se ha hecho realidad este mismo año 2023, a través de la aprobación del [Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo](#), por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público (en adelante, RD 193/2023), que se ha dictado, como se indica en su artículo 1, para «regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos complementarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad». Esta norma reglamentaria ha servido también para dar cumplimiento a la STS, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 20 de marzo de 2019 [[Roj: sts 894/2019 - ecli:es:ts:2019:894](#)], que, según su FJ 1.º, resuelve el recurso contencioso administrativo contra la inactividad del Gobierno del Estado español planteado por el *Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)*, al no haber dado cumplimiento en el tiempo fijado a la ya citada DF 3.ª. En el fallo, al estimar el recurso, se declara «la obligación del Gobierno del Estado de elaborar, aprobar y promulgar la norma reglamentaria» correspondiente.

Por otra parte, desde el 21 de enero de 2011, la Unión Europea es parte también de la Convención de 2006. Consciente de las diferencias entre las diversas disposiciones de los Estados miembros y su necesidad de adecuarse al texto internacional de modo que se eliminen los obstáculos existentes y se pueda conseguir un verdadero mercado interior en esta materia, se aprobó en el año 2019 la [Directiva \(UE\) 2019/882, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios](#) (en adelante, Directiva 2019/882), cuyo objetivo es «contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior aproximando las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad de determinados productos y servicios, en particular, eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de determinados productos y servicios accesibles, derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros». Esta Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación en el *DOUE*, fijándose un plazo de transposición como máximo hasta el 28 de junio de 2022, debiendo ser de aplicación estas disposiciones de transposición a partir del 28 de junio de 2025 con carácter general (art. 31). Según se recoge en el Considerando 50 de la directiva,

debe lograrse la accesibilidad a través de la supresión y evitación sistemáticas de las barreras, preferiblemente a través de un planteamiento de diseño universal o «diseño para todos», que contribuya a garantizar el acceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás. De acuerdo con la Convención, por ese planteamiento «se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de

adaptación ni diseño especializado». [Las medidas adoptadas por los distintos Estados miembros para la transposición de la Directiva pueden consultarse en [este enlace](#)].

El RD 193/2023 hace referencia también a la Directiva 2019/882, al indicar que esta norma deberá complementarse necesariamente por la que transponga la directiva a nuestro ordenamiento jurídico, que es la transversal [Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos](#) (en adelante, Ley 11/2023). Este título I se dicta al amparo de lo dispuesto en los apartados 1 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución española.

Por tanto, con la aprobación de esta norma se integra en nuestro ordenamiento el penúltimo eslabón para cumplir completamente con los principios de la Convención (ver DF 17.^a). La consecución de esta obligación de transposición se ha conseguido de manera urgente mediante la aprobación de una ley transversal que en su título I realiza la incorporación de la Directiva 2019/882 (en este [enlace](#) se puede acceder a la tramitación parlamentaria).

Al margen de la polémica iniciativa de incluir en una única norma la transposición de varias directrices europeas, es importante destacar varios aspectos de esta nueva disposición en lo que afecta a la materia de la mejora de la accesibilidad de productos y servicios (título I):

- Su contenido: tras las disposiciones generales de los artículos 1 y 2, se regulan en nueve capítulos las materias que la Directiva 2019/882 exige armonizar (los requisitos de accesibilidad y libre circulación; las obligaciones de los agentes económicos que guardan relación con los productos; las obligaciones de los prestadores de servicios; la modificación sustancial de productos o servicios y carga desproporcionada sobre los agentes económicos; las normas armonizadas y especificaciones técnicas de los productos y servicios; la conformidad de los productos y marcado CE; la vigilancia del mercado de los productos y procedimiento de salvaguardia de la Unión Europea; la conformidad de los servicios y los requisitos de accesibilidad en otros actos de la Unión Europea), a los que se adicionan las autoridades de vigilancia, medios de control y régimen sancionador.
- Se añade una DA 13.^a al RDL 1/2013, en relación con la «no discriminación de personas con discapacidad en espectáculos públicos y actividades recreativas» (DF quinta). También se modifican la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional (DF 3.^a), al objeto de regular la accesibilidad a las campañas institucionales de publicidad y de comunicación, y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas (DF 2.^a).

- En materia de accesibilidad, hay que tener también en cuenta las disposiciones adicionales primera y tercera (relativas a los planes locales de movilidad urbana sostenible y a las páginas web, respectivamente).
- En materia general de discapacidad, se crean dos nuevos centros: el Centro Español de Documentación e Investigación sobre Discapacidad (CEDID) y el Centro Español sobre Trastornos del Espectro del Autismo (CETEA), en las disposiciones adicionales octava y novena. También se contemplan la revisión y la actualización del Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad (DF 13.^a).
- Resulta curiosa la forma en la que se ha incorporado el artículo de la directiva relativo a las definiciones (a través del anexo VII, reorganizando los términos por orden alfabético). Los anexos I a VI tienen el siguiente contenido: requisitos de accesibilidad de los productos y servicios; ejemplos indicativos no vinculantes de posibles soluciones que contribuyen a cumplir los requisitos de accesibilidad que figuran en el anexo I; requisitos de accesibilidad a efectos del artículo 3.2, relativos al entorno físico donde se prestan los servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley; procedimiento de evaluación de la conformidad de los productos; criterios para la evaluación de la carga desproporcionada y declaración UE de conformidad.

A modo de conclusión, puede indicarse que este modo urgente de incorporar las directrices comunitarias, que supone en este caso un calco de las disposiciones de la Directiva 2019/882 [salvo la inclusión de otras disposiciones de carácter estrictamente nacional, como el artículo 6 (centros de referencia) y el capítulo XI (autoridades de vigilancia)], impide una adecuada integración en nuestro ordenamiento jurídico de las medidas que, desde el derecho comunitario, se han establecido para la protección de las personas con discapacidad, lo que puede convertirse, en sentido contrario a lo exigido, en una desprotección. A pesar de los 20 años que llevamos en España prescribiendo la accesibilidad, aún hay muchos obstáculos y barreras que eliminar. Ya no es cuestión de publicar más normas, sino de hacerlas completamente exigibles, aunque sea necesario contemplar periodos transitorios, creando instrumentos y órganos de eficaz control de cumplimiento, con mecanismos accesibles de acción, tanto pública como de oficio. Así, los plazos previstos para su consecución distan mucho de ser eficaces en la protección de los intereses de las personas con discapacidad (ver la DF sexta del RDL 193/2023, la DF 18^a.2 y la DTU de la Ley 11/2023), que es el objetivo principal de todas estas disposiciones.

M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO
 Profesora titular de Derecho Mercantil
 Universidad de Almería
margomez@ual.es

Ley 11/2023, de 8 de mayo. Título IV: Transposición de la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades [BOE-A-2023-11022]

DIGITALIZACIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

El 9 de mayo de 2023 se publicó la Ley 11/2023, de 8 de mayo, que traspone múltiples directivas europeas; no obstante, la presente crónica aborda parcialmente esta norma, concretamente su título IV, concerniente a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades. Para hacer efectivo el mandato europeo de reforma legislativa, la Ley 11/2023 reforma en profundidad sucesivas y sustanciales leyes de nuestro ordenamiento jurídico en los aspectos relacionados con la directiva que se traspone; realizaremos un comentario resumido de las modificaciones más relevantes que se han practicado en cada una de ellas. La entrada en vigor de esta norma se produce en momentos distintos según cada uno de los artículos y disposiciones que la componen. Con carácter general, ocurrirá al día siguiente tras su publicación en el *BOE* (disp. final decimoctava, apartado 1 Ley 11/2023); sin embargo, detallaremos expresamente qué preceptos retrasan su vigencia al tiempo de su análisis (disp. final decimoctava, apartados 2-6 Ley 11/2023).

En primer término, la Ley 11/2023 modifica varios aspectos de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, que entrarán en vigor a partir del 9 de noviembre de 2023 (disp. final decimoctava, apartado 5 Ley 11/2023). Se incorpora el protocolo electrónico notarial, que se producirá en cada caso con la autorización o intervención de la escritura pública o póliza, de lo que se dejará constancia mediante diligencia en la matriz en papel, y lo custodiará el notario autorizante. De este modo, el notario podrá expedir copias autorizadas con su firma electrónica cualificada bajo las mismas condiciones que las copias en papel, lo que permitirá una comunicación fluida (electrónica) de estos protocolos entre notarios o entre éstos y otras autoridades (judiciales, administrativas) o terceros con interés legítimo en conocer los documentos notariales. Por otra parte, el nuevo art. 17 ter a la Ley del Notariado permite realizar y otorgar protocolos por videoconferencia, evitando desplazamientos a las partes que no residan en el mismo término municipal donde está situada la notaría. A fin de dar traslado telemático de las copias autorizadas, el notario autorizante incorporará en cada una un «código seguro de verificación», y servirá para que el tercero pueda acceder con carácter permanente a dicha copia a través de la sede electrónica notarial.

La Ley 11/2023 también practica modificaciones sobre el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, que entrarán en vigor a partir del 9 de mayo de 2024 (disp. final decimoctava, apartado 6 Ley 11/2023). Concretamente reforma los apartados cinco y seis del art. 17 CCom. Por un lado, se amplía la información de naturaleza societaria que el Registro Mercantil puede intercambiar a través de la plataforma central europea, limitada, hasta ahora, a la denominación, forma jurídica, domicilio social, Estado miembro y número de registro, y su Identificador Único Europeo. Gracias a la Ley 11/2023, se posibilita el intercambio de otros datos adicionales, como son los detalles del sitio web de la sociedad, el estado de la sociedad —si ha sido cerrada, suprimida del Registro, disuelta, liquidada, está activa o inactiva—, el objeto social, los datos de las personas que integran los órganos sociales y la información relativa a cualquier sucursal de la sociedad. El acceso a la información del sistema de interconexión de registros se producirá a través del portal y de los puntos de acceso opcionales que el Gobierno decida establecer, conectados con la plataforma central europea.

En tercer lugar, la Ley 11/2023 practica una reforma en la Ley Hipotecaria Decreto de 8 de febrero de 1946. Concretamente, modifica sus arts. 19 bis, 238-252 y las disposiciones adicionales primera y segunda; todos los cambios incorporados a esta ley entrarán en vigor el 9 de mayo de 2024 (disp. final decimoctava, apartado 6 Ley 11/2023). Algunos de los más destacados son los siguientes: en primer lugar, para calificaciones positivas de documentos que pretendan acceder al registro, el registrador expedirá certificación electrónica de los asientos registrales practicados. Por otro lado, se produce una reforma parcial del título IX («Del modo de llevar los registros»). Sobre este aspecto, el Registro opera bajo la técnica del folio real en formato y soporte electrónico, que se creará con ocasión de su inmatriculación o primera inscripción, o bien con ocasión de la realización de cualquier operación registral sobre aquella, con excepción de asientos accesorios. Los asientos registrales de los libros de inscripciones constarán en soporte digital, firmado electrónicamente por el registrador con su certificado con firma electrónica cualificada. En caso de pérdida o deterioro de un asiento electrónico, podrá ser restaurado con su correspondiente copia de seguridad electrónica. Se dispone la creación de un repositorio electrónico con la información actualizada de las fincas; éste se actualizará en cada operación por la que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga cualquier derecho real o, en general, por cualquier otra alteración registral. Los registradores dispondrán de una sede electrónica general y única a nivel nacional cuya titularidad, desarrollo, gestión y administración corresponderá al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. El Libro Diario se llevará en formato y soporte electrónico, que deberá ser actualizado en el menor plazo posible y en el mismo día en que se presenten los títulos a inscripción, si dicha presentación se efectúa en horas de oficina. Sobre los títulos sujetos a inscripción en el Registro podrán presentarse en soporte papel o electrónico, quedando cada modalidad sujeta a unas reglas específicas.

La reforma operada por la Ley 11/2023 afecta a otras dos normas: las Leyes 14/2000, de 29 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre; ambas relativas a Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La modificación de la primera norma, que entrará en vigor el 9 de noviembre de 2023 (disp. final decimoctava, apartado 5 Ley 11/2023), ha consistido en incluir una infracción muy grave en el régimen disciplinario de los notarios, cuyo contenido es el que sigue: «La autorización de cualquier instrumento público por videoconferencia sin observar los requisitos establecidos al efecto en la Ley del Notariado o en sus disposiciones concordantes con rango legal». La reforma de la segunda ley mencionada entrará en vigor el 9 de mayo de 2024 (disp. final decimoctava, apartado 6 Ley 11/2023) y desarrolla el régimen legal para la utilización por registradores de sistemas de videoconferencia e interoperabilidad con otros Registros, todo ello al objeto de hacer efectivo, dese el plano registral, el otorgamiento de los protocolos notariales electrónicos indicados en la modificación de la legislación notarial.

Sin duda, la reforma más relevante y que queremos desarrollar en mayor extensión es la practicada sobre el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Se incorporan cuatro cambios que ya se encuentran en vigor (disp. final decimoctava, apartado 1 Ley 11/2023).

El primero de ellos es la inclusión del nuevo art. 20 bis LSC, que establece una serie de definiciones relacionadas con los aspectos societarios digitales. Por ejemplo, alude a los términos de «Medio de identificación electrónica», «Sistema de identificación electrónica», «Medios electrónicos», «Constitución», Registro de una sucursal» y «Modelo».

Por otro lado, se introduce el art. 22 bis LSC, relativo a la posibilidad de instar procedimiento de constitución de sociedades de responsabilidad limitada íntegramente en línea. Este precepto establece una regulación muy genérica, pues su desarrollo ha quedado materializado en el nuevo capítulo III bis LSC, que lleva por título: «La constitución electrónica de la sociedad de responsabilidad limitada (constitución en línea)». Dispone el apartado primero del art. 22 bis LSC: «Las sociedades de responsabilidad limitada podrán ser constituidas mediante el procedimiento íntegramente en línea sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro tipo de procedimiento legalmente establecido. También podrán realizarse en línea las demás operaciones inscribibles y las dirigidas al cumplimiento de obligaciones legales de la vida de dichas sociedades». Un procedimiento que resulta aplicable sólo cuando las aportaciones que integrarán el patrimonio social inicial sean de naturaleza dineraria y se realice a través de unos estatutos tipo cuyo contenido se determinará reglamentariamente.

También se reforma el actual art. 23 LSC, que establece una disposición formal que ha de constar en los estatutos sociales para las sociedades limitadas cuyo capital fijado sea de entre 1 euro o más sin llegar a los 3.000, a fin de dejar constancia de la aplicación del régimen dispuesto en el art. 4.1 II LSC. Este precepto utiliza, a nuestro parecer, un término erróneo, «constitución sucesiva», pues la sociedad limitada no contempla tal modalidad, sino un régimen aplicable en tanto que el capital social no

alcance una determinada cifra; sin embargo, así ha quedado la redacción del art. 23 d) LSC:

En los estatutos, que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital, se hará constar: [...] d) El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva, en tanto la cifra de capital sea inferior al mínimo fijado en el artículo 4, los estatutos contendrán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. Los Registradores Mercantiles harán constar, de oficio, esta circunstancia en las notas de despacho de cualquier documento inscribible relativo a la sociedad, así como en las certificaciones que expidan [...].

En último lugar, la Ley 11/2023 introduce un nuevo capítulo III bis en la LSC, donde se integran los arts. 40 bis, ter, *quater* y *quinquies*. El procedimiento de constitución electrónica de la sociedad limitada se rige por los siguientes principios: 1) se introducen modificaciones en el Documento Único Electrónico, en los estatutos tipo y en la escritura pública estandarizada para incluirlos en su respectiva sede electrónica (art. 40 bis LSC). 2) Las aportaciones dinerarias —única modalidad de aportación admitida para este procedimiento de constitución— se realizarán por instrumento de pago electrónico que permita la identificación de la persona que realizó el pago, y debe ser proporcionado por un prestador de servicios de pago electrónico o entidad financiera establecida en un Estado miembro (art. 40 ter LSC). 3) El art. 40 *quater* LSC establece el procedimiento de inscripción: la calificación e inscripción de escrituras en formato estandarizado con campos codificados y estatutos tipo se llevarán a cabo en el plazo de las seis horas hábiles contadas desde el día siguiente al de la fecha del asiento de presentación o, en su caso, al de la fecha de devolución del documento retirado; en cambio, en los demás casos se llevará a cabo en un plazo máximo de cinco días laborables utilizando el mismo *dies a quo* que en el caso anterior. Por último, el art. 40 *quinquies* LSC incorpora dos excepciones; supuestos que, por razones justificadas, requerirán necesariamente la presencia física de los fundadores ante el notario. El primero, cuando, por razones de interés público y en orden a evitar cualquier falsificación de identidad, el notario precise comprobar la identidad exacta del fundador; y, el segundo, en orden a la completa comprobación de la capacidad del otorgante y, en su caso, sus efectivos poderes de representación.

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor ayudante doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es

**Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el
Reglamento del Registro Mercantil, y se transpone parcialmente
la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo
[BOE-A-2023-14043]**

DIGITALIZACIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

El 14 de junio de 2023 se publicó el *Real Decreto 442/2023, de 13 de junio, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y por el que se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades*. Esta norma entrará en vigor el 9 de mayo de 2024, conforme así lo establece su disposición final tercera; cabe decir que es una ley muy relacionada con otra que también ha sido objeto de comentario en este número de la revista: la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales.

En primer lugar, el Real Decreto 442/2023 incorpora el nuevo art. 94 bis RRM, que establece el mandato de asignar un identificador único europeo (EUID) a las sociedades de capital y a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros, todo ello al objeto de identificarlas inequívocamente en las comunicaciones entre los registros a través del sistema de interconexión de registros mercantiles. Dicho identificador único europeo se compone de prefijo del país (ES); código del Registro Mercantil seguido de un punto; identificador único de sociedad o sucursal, y, en su caso, un dígito de verificación que permita evitar errores de identificación.

Por otra parte, se introducen los artículos 308 bis a 308 *quater* RRM. Se dispone la creación en línea de sucursales de una sociedad establecida en otro Estado miembro de la Unión Europea; la información y documentos relativos a la creación primera o sucesivas, actos posteriores o cierre de las sucursales se presentarán íntegramente en línea. En torno a la documentación a presentar para la creación en línea de una sucursal, el Real Decreto 442/2023 dispone la siguiente:

- a) Documento que acredite la existencia de la sociedad y donde consten los datos de denominación y forma jurídica de la sociedad, domicilio, datos registrales, el EUID, y el nombre y apellidos o denominación social de sus administradores, con indicación del cargo que ostenten. Al procederse al registro de la sucursal, el registrador comprobará la información sobre la sociedad a través del sistema de interconexión de registros.

- b) Documento por el que se establezca la sucursal.
- c) Cualquier mención que, en su caso, identifique a la sucursal.
- d) Domicilio de la sucursal, con indicación de la calle y número o lugar de situación, la localidad, el municipio y provincia.
- e) Actividades que, en su caso, se le hubiesen encomendado.
- f) Identidad de los representantes nombrados con carácter permanente para la sucursal, con expresión de sus facultades.
- g) Todos aquellos otros documentos o indicaciones cuya inscripción establezcan las leyes.

Igualmente, esta nueva norma incorpora disposiciones relativas al cierre en línea de una sucursal, que se registrará por el mismo procedimiento establecido para la extinción de la sociedad. Asimismo, los interesados que pretendan realizar dicho cierre deberán aportar el acuerdo de cierre de la sucursal adoptado por el órgano competente de la sociedad a los efectos probatorios oportunos.

Para asegurar una comunicación más efectiva, el Registro Mercantil asegurará la interconexión con la plataforma central europea. Mediante este sistema, los interesados podrán obtener información sobre los datos registrales referentes a: nombre y forma jurídica de la sociedad, domicilio social, Estado miembro en el que estuviera registrada, su número de registro y su identificador único europeo (EUID); escritura de constitución y los estatutos, si no estuviesen incorporados a aquella; la prórroga de la sociedad, así como el texto íntegro de cualquier acto modificativo de la escritura o los estatutos; nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que integren los órganos sociales, especialmente el de administración; todo cambio de domicilio social; la disolución de la sociedad; entre otros datos relevantes. Por su parte, el art. 38 *sexties* RRM contempla también el intercambio de información de sucursales de sociedades europeas.

En último lugar, se establece el procedimiento para la modificación registral de datos de sucursales transfronterizas intracomunitarias. Su objeto será el operar cambios en la información relativa a la denominación; el domicilio social; el número de registro; la forma jurídica de la sociedad; las modificaciones relativas al nombramiento, el cese de funciones, y la identidad de las personas que participen en la administración, vigilancia o control de la sociedad o que tengan poderes de representación. También notificará el depósito de los documentos contables de la sociedad y la información relativa a la apertura y clausura de procedimientos de liquidación e insolvencia y sobre la extinción de la sociedad.

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor ayudante doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es

Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE-A-2023-10213]

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril (véase <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213>), para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha suscitado desde antes de su propia entrada en vigor —acaecida el día 29 de abril de 2023— un intenso interés que va más allá del estrictamente jurídico.

Ello se debe en gran medida a la concepción instrumental que esta ley presenta, toda vez que la misma tiene entre sus objetivos corregir las manifiestas deficiencias observadas en la aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales introducidos por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>, bautizada como «Ley del solo sí es sí»). Así lo expresa el propio Preámbulo de la LO 4/2023 cuando afirma que «es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual». A tal efecto, la LO 10/2022 vino a modificar profundamente el panorama legal de los delitos contra la libertad sexual en España, al englobar bajo la única categoría delictiva de la agresión sexual todo comportamiento de carácter sexual no consentido, rompiendo así la tradicional distinción firmemente asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia que delimitaba nítidamente entre la agresión (con la violencia y/o la intimidación como elementos inherentes) y el abuso sexual (en consecuencia, suprimido como tipo penal autónomo al ser refundido en la reconfigurada categoría de la agresión sexual).

2. ANÁLISIS DE LA REFORMA

No obstante, lo anterior, el contenido de la LO 4/2023 no se circunscribe únicamente a la materia formalmente penal ni, dentro de esta esfera, a los delitos sexuales. Es decir, si bien ya se ha apuntado que teleológicamente esta nueva ley pretende corregir las consecuencias indeseables derivadas de la aplicación de la llamada «Ley del solo sí es sí», el legislador ha aprovechado este cauce para introducir adicionalmente otras cuestiones, si bien tales cuestiones obedecen fundamentalmente a criterios de corrección de técnica legislativa.

De esta manera, *grosso modo*, las novedades que para el articulado del Código Penal trae consigo la LO 4/2023 son las siguientes:

- Se modifica el art. 132.1 CP *in fine* relativo al cómputo de los plazos de prescripción de los delitos, si bien, se trata este de un cambio puramente formal a fin de adecuar el precepto a la nueva nomenclatura imperante de «delitos contra la libertad sexual» (de acuerdo con la nueva rúbrica del título VIII del libro II dada por la LO 10/2022), suprimiéndose la anterior referencia expresa a la indemnidad sexual.
- Se modifica el art. 173. 1 CP en relación con los delitos contra la integridad moral para corregir la anterior redacción, manifiestamente incompleta, a fin de que las personas jurídicas (de acuerdo con el vigente modelo de incriminación exhaustiva y de *numerus clausus*) también puedan ser declaradas penalmente responsables por el delito previsto en la primera frase del art. 173.1, consistente en infligir un trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral de una persona.
- Se realizan una serie de modificaciones de cierto calado (fundamentalmente en materia de marco penológico) en los delitos contra la libertad sexual, en lo que constituye el núcleo de la reforma planteada por la LO 4/2023, si bien se conserva, en una línea continuista en cuanto al fondo, la esencia de su regulación al mantener la definición del consentimiento que introdujo la LO 10/2022. Así, las principales novedades planteadas en esta materia son las siguientes:
 - Se modifica el apartado segundo del art. 178 CP a fin de refrendar la nueva configuración dual del delito de agresión sexual en el que queda inequívocamente incorporado o refundido, junto al anterior tipo básico de la agresión, el desaparecido tipo específico del abuso sexual que terminológicamente desaparece como tipo penal autónomo al ser reconducido al ámbito propio del delito de la agresión. De esta manera, el legislador señala en el art. 178.2 que

Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación [este era el anterior tipo básico de la agresión sexual con anterioridad a la reforma de 2022] o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad [siendo esta en esencia la definición de la conducta típica del abuso sexual anteriormente descrito en el art. 181.2 y 3 CP].

Asimismo, se introduce *ex novo* un apartado tercero (viéndose lógicamente en consecuencia modificada la numeración de los demás apartados del citado art. 178 CP) que contempla como circunstancia agravante de la responsabilidad penal la comisión del delito de agresión sexual con violencia o intimidación, otrora consustanciales al mero tipo básico de la agresión, o la existencia de una víctima cuya voluntad se encuentre anulada, circunstancia esta anteriormente configurada como una modalidad caracterizadora del delito de abuso sexual (definido hasta la reforma de la LO 10/2022 por la realización de conductas sexuales sin consentimiento de la víctima, pero también sin violencia ni intimidación en su comisión), imponiéndose en ambos casos una pena de prisión que puede alcanzar los cinco años. En consonancia con ello, se excluye de la potestad de aplicar el tipo atenuado previsto (con carácter facultativo para el juzgador previo razonamiento en la sentencia) en el anterior apartado tercero del art. 178, ahora apartado cuarto, cuando concurren las circunstancias agravantes descritas en el nuevo apartado tercero o cuando se trate de algunos de los supuestos agravados descritos en el art. 180 CP.

- En el ámbito del delito de violación, cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se incorpora al art. 179 un apartado segundo que introduce la misma agravante descrita *supra*, relativa al empleo de violencia o intimidación como medio comisivo o a la circunstancia de hallarse la víctima privada de voluntad. En ambos casos el marco penológico aplicable será de seis a doce años.
- Respecto de los tipos agravados del art. 180 CP, se reajustan las penas a fin de contemplar las circunstancias agravantes contempladas en los dos artículos precedentes relativas al empleo de violencia o intimidación o a la víctima con la voluntad anulada. Además, por otra parte, se modifica la circunstancia del apartado quinto, sustituyendo la anterior redacción de «ascendiente o hermano» por la mucho más amplia circunstancia de prevalimiento por convivencia o parentesco, de alcance más omnicompreensivo. Asimismo, el apartado séptimo sustituye el término autor por el de persona responsable.
- En cuanto a las agresiones sexuales a menores de 16 años, las modificaciones operadas en el art. 181 se conducen fundamentalmente a lograr un cierto paralelismo con las agresiones sexuales ordinarias en aras de dotar al articulado de mayor cohesión interna. Así, se incorpora la agravante del empleo de violencia o intimidación o de víctima con la voluntad anulada, circunstancias ambas que se excluyen de la posibilidad de apreciación de un tipo atenuado, al tiempo que se incluyen las previsiones descritas en el art. 180 CP dentro de los tipos agravados del apartado quinto del art. 181. Además, la reforma señala expresamente que en caso de concurso de leyes entre los tres primeros apartados y algunas de las circunstancias agravantes del apartado quinto de este precepto, se recurrirá al principio de alternatividad ex. art. 8. 4 CP (*a priori*, de carácter supletorio salvo mención *ad hoc*, como en el presente supuesto),

que declara como norma de aplicación preferente aquella que imponga una pena de mayor gravedad.

- Finalmente, se incluyen modificaciones en relación con el delito de pornografía infantil y corrupción de menores del art. 189 bis CP, a fin de que este contemple la reestructuración que la Ley 10/2022 operó en la estructura del título VIII del libro II CP al modificar la rúbrica del capítulo II, relativo anteriormente a los abusos sexuales y correspondiente actualmente a las agresiones sexuales a menores de 16 años, anteriormente englobadas a su vez dentro del desaparecido capítulo II bis. De este modo, la actual literalidad del precepto contempla la actual distribución interna del nuevo articulado evitando así preocupantes omisiones.
- Asimismo, más allá de estas reformas operadas en el contenido del Código Penal, de la propia rúbrica de la LO 4/2023 se desprenden otras materias objeto de reforma, íntimamente conectadas no obstante a las cuestiones ya señaladas.
 - Modificación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>)

Se produce una modificación del apartado tercero del art. 14 de la LECRIM con el objeto de atribuir competencias a los Juzgados de lo Penal (o en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal en su ámbito respectivo) para conocer de los delitos contra la libertad sexual cuando la pena prevista para el delito en cuestión no exceda de los cinco años de pena de prisión o sea una pena de multa cualquiera que sea su cuantía. A tal efecto, con arreglo a la disposición transitoria cuarta de la LO 4/2023, esta modificación competencial en la LECRIM será aplicable a aquellos procesos que estén siendo objeto de tramitación al tiempo de la entrada en vigor de la LO 4/2023, salvo que en el procedimiento en cuestión se hubiera dictado ya auto de apertura de juicio oral.
 - Modificaciones en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-a-2000-641>)

El apartado segundo del art. 10 de la LO 5/2000 (en el ámbito de las reglas especiales de aplicación y duración de las medidas) se modifica con el objeto de incorporar expresamente en el catálogo de delitos habilitantes para decretar una medida de internamiento en régimen cerrado una referencia a los arts. 178, 179, 180 y 181 CP, al tiempo que se suprime el apartado c) del citado art. 10.

3. APLICACIÓN DE LA LEY: RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE AL REO

Finalmente, quisiera realizar unas consideraciones relativas a la aplicación de la ley y a la entrada en vigor de sus disposiciones. Con arreglo al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable derivado de los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y del art. 2.1 CP, las disposiciones de la LO 4/2023 solamente se aplicarán a hechos cometidos con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor (recuérdese, el día 29 de abril) siempre que resulten más favorables para el reo, ex art. 2.2 CP. A tal efecto, la disposición transitoria primera de la ley establece que «para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrán en cuenta las penas que corresponderían al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código Penal en su redacción anterior a esta ley orgánica y las del Código Penal modificadas por la presente ley orgánica y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad», siendo necesariamente en este procedimiento revisor oído el reo.

Asimismo, respecto de la cuestión de la revisión de sentencias firmes derivada de las reformas introducidas por la LO 10/2022 (y que ha suscitado una gran controversia, hasta el punto de determinar, como se ha indicado *supra*, la aprobación de la propia LO 4/2023), la disposición transitoria segunda delega en el CGPJ la posibilidad de designar como órganos revisores de sentencias firmes a los Juzgados de lo Penal o a secciones de las Audiencias Provinciales, si bien ello se realizará «aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial», indicando además que no se procederá a la revisión cuando la pena impuesta esté suspendida o ejecutada ni cuando el penado se encuentre ya en fase de libertad condicional ni cuando la pena impuesta con arreglo a la redacción anterior fuera exclusivamente una pena de multa.

* Todos los enlaces ofrecidos han sido objeto de última consulta el día 29/09/2023.

Cecilia CUERVO NIETO
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
España
u135160@usal.es

[Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores \[BOE-A-2023-10213\]](#)

APUNTES IUSFEMINISTAS ANTE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

El 28 de abril de 2023 el *Boletín Oficial del Estado* publicaba la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores [BOE-A-2023-10213].

La ley —tramitada con cierta premura— trae causa de la revisión a la baja de las penas en delitos contra la libertad sexual tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630], conocida —a nivel mediático dicha circunstancia— como «los efectos no deseados» de la ley en cuestión. En este sentido, resulta oportuno traer a colación que fue el Grupo Parlamentario Socialista el que presentó en el Congreso de Diputadas y Diputados, con fecha 6 de febrero, la [Proposición de Ley Orgánica](#) para la modificación de las leyes anteriormente mentadas, a saber: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual [BOE-A-1995-25444]; Ley de Enjuiciamiento Criminal [BOE-A-1882-6036], y, por último, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor [BOE-A-2000-641].

El Preámbulo de la ley de 27 de abril de 2023 comienza rindiendo tributo a la ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual aprobada en septiembre de 2022. Significa, específicamente, como novedades más importantes de dicha norma la unificación de los tipos penales de abuso y agresión sexual en un solo tipo: el de agresión sexual, así como la delimitación jurídica del consentimiento sexual. En este sentido, tras la entrada en vigor de la ley de septiembre de 2022 el consentimiento sexual se articula normativamente en los siguientes términos:

Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona (art. 178.1 CP).

La lectura del párrafo anterior permite inferir que uno de los núcleos centrales del abordaje jurídico de los delitos contra la libertad sexual tras la reforma de 2022 —en el Código Penal— gira en torno al consentimiento sexual. De ahí que la ley de abril de

2023 deje muy claro en su preámbulo que, a pesar de las modificaciones acometidas para solventar los «efectos no deseados» (revisión de penas), el consentimiento sexual se mantiene en los términos prescritos en la ley de garantía de la libertad sexual de 2022.

Sin duda, constituye un punto muy importante, máxime porque desde un enfoque iusfeminista (Torres, 2018)¹ obliga a reflexionar sobre cuestiones como las que se correlacionan a continuación, a saber:

- a) ¿Qué cambios normativos introdujo la ley orgánica de 2022 en la tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual? (Torres, 2023)².
- b) ¿Cuáles han sido los llamados «efectos no deseados» y sus consecuencias en el abordaje jurídico de los delitos contra la libertad sexual?
- c) ¿Qué trata de enmendar y, por ende, reparar la Ley Orgánica 4/2023 y, en tal sentido, cuál es su ámbito de actuación?
- d) ¿Qué lectura crítica cabría articular desde postulados iusfeministas, esto es, desde la articulación del discurso jurídico tomando en cuenta las experiencias y vivencias de las mujeres en contextos de clara asimetría sociosexual?

Desde los planteamientos anteriores, procede señalar que la llamada *Ley del Solo sí es sí* ve la luz con un objetivo muy claro: mejorar la protección de las víctimas de agresión sexual. Para ello pone el foco en el tratamiento jurídico del consentimiento sexual³ como elemento central y núcleo de cualquier encuentro sexual. El artículo 1⁴ de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, es muy claro al respecto al regular el objeto y finalidad de la ley. La ley nace al calor de los debates generados tras la sentencia del conocido caso de *La Manada*, y el pronunciamiento final del Tribunal

1. TORRES DÍAZ, M. C. 2018: «Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión». *Revista Pensamiento Constitucional*, 2018, 23: 205-240. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20953> (fecha de consulta: 11/09/2023).

2. TORRES DÍAZ, M. C. 2023: «Algunas consideraciones jurídicas sobre los puntos más conflictivos de la 'ley del solo sí es sí'». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 18/04/2023. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/18535/algunas-consideraciones-juridicas-sobre-puntos-mas-conflictivos-ley-solo-si-es-si> (fecha de consulta: 10/09/2023).

3. TORRES DÍAZ, M. C. 2018: «Sobre el consentimiento sexual (y, algo más)». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 23/09/2018. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/15183/sobre-consentimiento-sexual-algo-mas> (fecha de consulta: 11/09/2023).

4. El párrafo 1 del artículo 1 dispone: «El objeto de la presente ley orgánica es la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales».

Supremo⁵ en casación en el año 2019 (STS, Sala de lo Penal, 344/2019, de 4 de julio)⁶ en donde este consideró que los hechos enjuiciados sí eran subsumibles en el tipo penal de agresión sexual y no de abuso sexual tal como apreció, inicialmente, el tribunal sentenciador de instancia y, posteriormente, el de apelación.

La ley orgánica de 2022 deja claro que no hay consentimiento si no existe una manifestación libre y voluntaria de la voluntad de la persona, lo que significa que, si una persona no dice sí de manera explícita, se considera que no hay consentimiento. Por tanto, el consentimiento no se puede (ni debe) inferir a partir de la falta de resistencia o de oposición. Con base en lo anterior, cualquier persona que participe en un encuentro sexual tiene la responsabilidad de asegurarse de que su pareja sexual ha dado su consentimiento explícito, y dicho consentimiento no ha sido revocado. La regulación del consentimiento sexual en los términos comentados insta a un cambio de paradigma en el enfoque y análisis de la casuística de los delitos contra la libertad sexual. Repárese que con la nueva redacción el tipo penal de agresión sexual no se encuentra condicionado a la acreditación de la existencia de violencia e intimidación. Es, por tanto, la ausencia o falta de consentimiento sexual el centro de la delimitación penal del tipo.

Desde este marco penal (tipo penal único), la ley orgánica de 2022 lleva a cabo una modificación del arco penológico en las agresiones sexuales. Téngase en cuenta que desaparece del Código Penal el abuso sexual, estableciéndose graduaciones en la pena si concurren determinados factores y/o circunstancias agravantes⁷ (apreciación de violencia e intimidación, actuación en grupo, voluntad anulada de la víctima, etc.).

No obstante lo anterior, la entrada en vigor de la ley de 2022 llevó de suyo una revisión de penas —de acuerdo al nuevo marco penológico— en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables al reo (véase el artículo 25⁸ de la CE en conexión con el artículo 9.3⁹ CE, así como el artí-

5. TORRES DÍAZ, M. C. 2019: «La Manada: ¿qué ha dicho el Tribunal Supremo?». *Agenda Pública: Analistas de Actualidad (El País)*. Artículo en línea. Fecha de publicación: 23/06/2019. Disponible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14178/manada-qu-dicho-tribunal-supremo> (fecha de consulta 10/09/2023).

6. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 344/2019, de 4 de julio, en la siguiente dirección url. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/83c2e5bfb97cf31a> (fecha de consulta: 18/09/2023).

7. Consúltese el párrafo 5 del artículo 181 del Código Penal. Dispone: «5. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio [...]».

8. El artículo 25 de la CE, en su párrafo 1, dispone: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

9. El párrafo 3 del artículo 9 de la CE es del siguiente tenor: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de

culo 2.2¹⁰ del CP), habiéndose producido —según informaciones del Consejo General del Poder Judicial¹¹— un total de 1.205 rebajas de penas a delincuentes sexuales y 121 excarcelaciones desde la entrada en vigor de la norma hasta el 18 de septiembre de 2023. Y, todo ello, pese a la aprobación en abril de la ley objeto de comentario en estas líneas.

Ahora bien, ¿qué novedades incorpora la modificación normativa de abril de 2023 en lo que atañe a los delitos contra la libertad sexual?

- a) La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, no modifica el consentimiento sexual. Por tanto, se mantiene la delimitación normativa en los términos recogidos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (este aspecto ya se ha comentado en párrafos anteriores). En consecuencia, los tipos penales de agresión sexual y agresión sexual con penetración (violación) se mantienen.
- b) No obstante, la ley de 2023 introduce un párrafo en cada uno de esos artículos en aras de diferenciar entre agresión sexual con violencia¹² y agresión sexual sin violencia. En esta misma línea la ley delimita penalmente la violación con violencia de la violación sin violencia.
- c) En el marco penológico, las novedades de la Ley Orgánica 4/2023 más significativas se circunscriben a un agravamiento —en líneas generales— de las penas. De tal forma que para la agresión sexual sin violencia se establece un arco penológico de 1 a 4 años de prisión; para la agresión sexual con violencia e intimidación o sobre víctima con voluntad anulada, de 1 a 5 años; en el caso de violación sin

las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

10. El párrafo 2 del artículo 2 del Código Penal preceptúa: «2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

11. Consúltese la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de fecha 18 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-205-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022> (fecha de consulta: 25/09/2023).

12. La nueva redacción del párrafo 2 del artículo 178 del Código Penal es la que sigue: «2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad». En la misma línea cabe citar el párrafo 3 del mentado precepto en la medida en que dispone: «3. Si la agresión se hubiere cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión».

violencia el arco penológico oscila entre 4 y 12 años de prisión, mientras que si concurre violencia o intimidación o víctima con voluntad anulada las penas van de 6 a 12 años de prisión¹³.

- d) Desde el punto de vista de la aplicación de las modificaciones penales introducidas en la ley de abril de 2023, la norma modifica el apartado 1 del artículo 132 del Código Penal en los siguientes términos:
1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.
- e) En lo que atañe a la entrada en vigor de la ley a los efectos de determinar la legislación aplicable al caso concreto, y de posibles situaciones de revisión de penas, la ley de 2023 incorpora una *disposición transitoria primera* bajo el rótulo de «Legislación aplicable», así como una *disposición transitoria segunda* con el título de «Revisión de penas». Estas previsiones normativas son especialmente relevantes a tenor de las consecuencias jurídicas de la revisión de penas tras la entrada en vigor de la ley de 2022 a agresores sexuales. En este sentido, la disposición transitoria primera establece que los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de la actual ley «se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión». Obviamente, como cabe prever la ley de 2023 se aplicará una vez que entre en vigor «si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor». Repárese en la polémica surgida con los efectos de la retroactividad favorable de las disposiciones penales tras la entrada en vigor de su antecesora. La ley de 2023 precisa los términos de determinación de la ley más favorable¹⁴ y, en tal sentido, señala que se tendrán en cuenta las penas susceptibles de imponer al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código Penal en su redacción anterior, las del Código Penal modificadas en la presente ley orgánica y, en su caso, la posibilidad de adoptar medidas de seguridad.
- f) En línea con el punto anterior, y en lo que atañe a la revisión de penas, la ley de 2023 en su *disposición transitoria tercera* apela directamente al Consejo General del Poder Judicial y, en concreto, a las potestades que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [[BOE-A-1985-12666](#)]. En

13. El párrafo 2 del artículo 179 del Código Penal preceptúa: «2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiera empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años».

14. Consúltese el párrafo 2 de la disposición transitoria primera. Legislación aplicable de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

este punto la norma significa que los jueces/zas y tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable «considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial». Especialmente significativas resultan las siguientes precisiones que recoge la norma:

En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley orgánica cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley orgánica contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia...

Se observa como la ley orgánica aprobada en abril de 2023 tiene en cuenta aspectos obviados por su antecesora inmediata, máxime teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas acaecidas tras su entrada en vigor. Todo ello al no preverse los términos de aplicación de principios constitucionales claves que operan en el ámbito penal y/o sancionador. Sin duda, se trata de una omisión importante cuyos efectos, como se está viendo, no finalizan con la entrada en vigor de la actual ley, sino que tendrán un ámbito de irradiación más amplio en el tiempo.

Lo comentado en párrafos anteriores —desde el punto de vista de la técnica legislativa— no implica que no se tenga que apostar por la perspectiva de género como metodología jurídica en el estudio de casos concretos, tanto en la esfera de la interpretación de la norma como en lo relativo a la aplicación de la misma. Obviamente, también en la dimensión de la creación de la norma que compete al legislador. Repárese que a nivel normativo (y, jurisprudencial) no es hasta 1995 cuando el Código Penal español tipifica, por primera vez, el delito de agresión sexual centrando el reproche penal en aquellas conductas que atentaran contra la libertad e indemnidad sexual utilizando, eso sí, violencia e intimidación. Recuérdese, además, que es en el año 1995 cuando también se tipifica el abuso sexual como delito castigando a quien sin violencia e intimidación cometieran actos contra la libertad sexual de otras personas, significativamente, mujeres a tenor de los datos estadísticos. Posteriormente, téngase en cuenta —avanzando en el tiempo— que no es hasta 2010 cuando se refuerza la protección de las víctimas frente a las violencias sexuales al tipificarse nuevos delitos como el acoso sexual, así como al endurecerse las penas cuando las víctimas fueran

menores de edad. En la misma línea cabría aludir en lo que atañe a las modificaciones en el Código Penal del año 2015 (tipificación del *sexting*, *stalking*, etc.).

Se observa, en consecuencia, que la evolución en el tratamiento jurídico penal de los delitos contra la libertad sexual ha sido una constante a lo largo de los años, siendo en los últimos cuando las críticas en cuanto al abordaje jurídico de las violencias sexuales se han centrado no tanto en lo que dice el Código Penal (que también), sino en cómo se interpreta y aplica, sin tener en cuenta los términos en los que operan (y han venido operando) sesgos y prejuicios de género en el análisis de casos y la forma de socialización diferenciada de mujeres y hombres. De ahí la importancia de revisar críticamente la evolución normativa a la par que la evolución jurisprudencial desde los conocimientos situados (*iustifeminismo*). Recuérdese que es desde este posicionamiento metodológico desde donde se cuestionan resoluciones judiciales (ya superadas) en donde la interpretación de los delitos contra la libertad sexual resultaba excesivamente restrictiva, exigiéndose para su apreciación una suerte de violencia y/o intimidación que cabría calificar de especialmente extrema para las víctimas. Y todo ello para poder apreciar el tipo penal de agresión sexual. En la misma línea cabría apelar a la gran importancia dada —tradicionalmente— a la resistencia de la víctima ante imposiciones sexuales no deseadas, responsabilizándola, incluso, de la agresión sufrida.

Llegados a este punto, el contexto actual —a los efectos de dar respuestas jurídicas a las violencias sexuales— requiere de buenos instrumentos jurídicos focalizados en la protección de las víctimas y en su reparación integral, en la prevención y sensibilización frente a estos tipos delictuales, así como en una formación especializada sensible al género que garantice la seguridad jurídica, debiéndose observar los principios constitucionales que operan en nuestro ordenamiento jurídico concebido este en su totalidad.

María Concepción TORRES DÍAZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Constitucional y abogada
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Recomendación (UE) 2023/681 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión [DOUE-L-2023-80446]

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. Garantías todas ellas vinculantes respecto de los derechos de las personas privadas de libertad. Recordemos que nuestro sistema de cooperación se fundamenta en el principio de confianza mutua, garante del reconocimiento mutuo para los actos procesales en los que intervenga un elemento transfronterizo. La presente Recomendación viene, entre otras a reforzar el ideal de la cooperación judicial, y más aún, a reforzar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos cuando estos se hallen privados de libertad.

La necesaria armonización de los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y las condiciones materiales de la reclusión, es una constante en la medida en la que las estadísticas confirman la disparidad normativa que existe entre los distintos Estados miembros sobre las mismas. Así, se constata que sobre la Orden de Detención Europea desde 2016, los Estados miembros han denegado o retrasado la ejecución de órdenes en cerca de 300 casos por motivos relacionados con un riesgo real de vulneración de los derechos fundamentales, en particular sobre la base de unas condiciones materiales de reclusión inadecuadas. El Tribunal de Justicia ha reconocido la importancia de las condiciones de reclusión en el contexto del reconocimiento mutuo y de la aplicación de la Orden de Detención Europea. La precariedad de las condiciones de reclusión en la aplicación de una ODE, tienen repercusión sobre el principio de reconocimiento mutuo al poder lesionar la confianza mutua que rige en la cooperación judicial penal entre Estados miembros. Una precariedad que en mucho de los casos viene de la mano de la superpoblación en sus centros de reclusión con una tasa de ocupación superior al 100 %. Además, el uso y la duración excesivos o innecesarios de la prisión provisional también contribuyen al fenómeno de la superpoblación, lo que socava gravemente en último término la mejora de las condiciones de reclusión.

2. NORMAS MÍNIMAS

La Comisión Europea, ha optado por solventar en primer término las divergencias sustanciales entre los Estados miembros en relación a la prisión provisional. Evitar, por ejemplo, que la duración media de la prisión provisional en los distintos Estados oscile entre dos y trece meses; o que el plazo máximo para la prisión provisional no difiera de un Estado miembro a otro, con una previsión de entre menos de un año y más de cinco años. Por cuanto, como constata la Comisión *estas grandes diferencias parecen injustificadas en un espacio común de libertad, seguridad y justicia de la UE*. Junto a ello, en la Unión y, en particular, en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se requieren normas mínimas específicas de la Unión, aplicables por igual a los sistemas de reclusión de todos los Estados miembros, con el fin de reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros y facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Se recomienda a los Estados miembros que adopten *«medidas eficaces, adecuadas y proporcionadas»* para reforzar los derechos de todas las personas privadas de libertad, *«tanto en relación con los derechos procesales de las personas sujetas a prisión provisional como con las condiciones materiales de reclusión, a fin de garantizar que las personas sujetas a privación de libertad sean tratadas con dignidad, que se respeten sus derechos fundamentales y que se les prive de su libertad únicamente como medida de último recurso»*. Para ello la presente Recomendación pretende orientar a los Estados para que, en *pro* de los derechos y garantías fundamentales, así como en el sostenimiento del principio de confianza mutua, proporcionen un nivel de protección mas elevado al que ya se contiene. Un objetivo que viene avalado por una serie de definiciones introductorias a lo que le siguen los principios generales en los que se debe fundamentar la protección. Entre otros se dispone la reintegración social de los reclusos, con vistas a prevenir la reincidencia.

3. NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS PROCESALES DE LAS PERSONAS SOSPECHOSAS O ACUSADAS SUJETAS A DETENCIÓN PROVISIONAL

Se establece la prisión provisional como medida de último recurso, además de una presunción *favor libertatis* a favor de medidas alternativas a la prisión siempre que sea posible. La prisión solo deberá imponerse cuando exista una sospecha razonable tras una valoración individualizada en las que se deberá atender las circunstancias individuales del caso. Destacando que el hecho de que el sospechoso no sea nacional o falte arraigo con el Estado, no basta para concluir que existe un riesgo de fuga, la motivación debe atender a otras circunstancias.

La resolución judicial en la que se imponga o modifique la prisión provisional o, cualquier otra medida alternativa a la misma requiere que esté *debidamente motivada y justificada y se refiera a las circunstancias específicas de la persona sospechosa o acusada que justifiquen su reclusión. Se anima a los Estados miembros que impongan la prisión provisional en casos de delitos «que lleven aparejada una pena privativa de libertad mínima de un año.*

Se exige a los Estados miembros que garanticen *que una autoridad judicial revise periódicamente la vigencia de los motivos por los que una persona sospechosa o acusada se encuentra en prisión provisional. Tan pronto como dejen de existir los motivos de reclusión de la persona sospechosa o acusada, los Estados miembros deben garantizar que sea puesta en libertad sin demora injustificada.*

Los Estados miembros deben garantizar que la persona sospechosa o acusada sea oída en persona o a través de un representante legal mediante una audiencia contradictoria ante la autoridad judicial competente que haya de dictar resolución sobre la prisión provisional. Los Estados miembros deben velar por que las resoluciones sobre la prisión provisional se dicten sin demora injustificada y deben garantizar el derecho de la persona sospechosa o acusada a un juicio en un plazo razonable. En particular, los Estados miembros deben velar por que los casos en los que se haya impuesto la prisión provisional se tramiten con carácter de urgencia y con la debida diligencia. Además, se considera prioritario los asuntos que afecten a una persona sujeta a prisión provisional. Los Estados miembros *deben deducir el período de prisión provisional anterior a la condena, incluso cuando se aplique mediante medidas alternativas, de la duración de la pena de prisión impuesta posteriormente.*

4. NORMAS MÍNIMAS RELATIVAS A LAS CONDICIONES MATERIALES DE RECLUSIÓN

Los Estados miembros deben garantizar que el espacio personal mínimo disponible para cada recluso, incluso en una celda colectiva, sea equivalente a al menos 3 m² de superficie por recluso. Si este fuera inferior genera una fuerte presunción de violación del artículo 3 del CEDH. Además, *los Estados miembros deben garantizar que los reclusos tengan acceso a luz natural y aire fresco en sus celdas.* Se anima a los Estados miembros (y en el caso de los menores, deben garantizarlo) a que distribuyan los reclusos, en la medida de lo posible, en centros de reclusión próximos a sus hogares u otros lugares adecuados para su reinserción social. La distribución de los reclusos debe atender a razones de situación procesal, sexo y edad.

Las instalaciones sanitarias deben además ser accesibles en todo momento, además de mantener unas buenas condiciones higiénicas. Es importante señalar que los Estados deben proporcionar a los reclusos una dieta nutritiva que tenga en cuenta su edad, discapacidad, salud, estado físico, religión, cultura y la naturaleza de su trabajo. Los Estados miembros deben permitir a los reclusos pasar un tiempo razonable fuera

de sus celdas, permitir el ejercicio al aire libre en atención al contexto de los regímenes especiales de seguridad como en el caso del aislamiento. Para ayudar a los reclusos a prepararse para su puesta en libertad y facilitar su reintegración en la sociedad, los Estados miembros deben garantizar que tengan acceso a programas educativos, además de ofrecer un trabajo remunerado de carácter útil.

Se recomienda a los Estados que consideren la posibilidad de permitir la comunicación a través de medios digitales, como videollamadas, con el fin, entre otras cosas, de permitir a los reclusos mantener el contacto con sus familias, solicitar un empleo, realizar cursos de formación o buscar alojamiento como preparación para su puesta en libertad.

Se establecen toda una serie de medidas especiales en atención a:

- a) mujeres y niñas
- b) extranjeros
- c) menores y jóvenes adultos
- d) personas con discapacidad o afecciones médicas graves
- e) reclusos con necesidades o vulnerabilidades especiales

Finalmente se añaden una serie de medidas específicas para hacer frente a la radicalización en las cárceles, que entre otras impliquen la provisión de los centros de *programas de reinserción, desradicalización y desmovilización en prisión, en preparación para la puesta en libertad, y programas tras la misma para promover la reintegración de los reclusos condenados por delitos terroristas y extremistas violentos.*

5. CONCLUSIÓN

La presente Recomendación prevé todo un conjunto de pautas o normas en las que se establecen los estándares mínimos en el tratamiento de las personas privadas de libertad, haciendo especial referencia a la cuestión de la prisión provisional. Las disposiciones previstas hacen referencia tanto a derechos procesales como a derechos penitenciarios en el marco de la Unión Europea, y tienen el objetivo de fomentar la cooperación judicial en materia penal, por cuanto las políticas existentes en estas materias inciden especialmente en la aplicación efectiva del principio de reconocimiento mutuo. Se pretende elevar el nivel de protección para su adecuada efectividad. Ahora bien, se trata de una norma *soft law*, cuyo cometido es la inspirar a los legisladores nacionales en el fomento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, acorde a los principios de la Unión.

Celia CARRASCO PÉREZ
Contratada Predoctoral FPI
Área de Derecho Procesal
Universidad de Burgos
ccperez@ubu.es

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —

ENERO-JUNIO 2023

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. USAL

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

Cristina POLO SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. USAL

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular E. U. de Derecho Mercantil. USAL

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO CIVIL

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de enero de 2023, asunto C-154/21, RW vs. Österreichische Post AG. SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO DEL INTERESADO A SUS DATOS Y SI INCLUYE O NO INFORMACIÓN SOBRE LOS DESTINATARIOS O LAS CATEGORÍAS DE DESTINATARIOS A LOS QUE SE COMUNICARON O SERÁN COMUNICADOS, CON NOTICIA DE OTRAS SSTJUE DE 2023 SOBRE EL MISMO DERECHO, por Juan Pablo APARICIO VAQUERO
2. Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2023, de 6 de marzo de 2023. Recurso de amparo 163-2020. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EXISTIENDO HIJOS MAYORES DE EDAD, por Manuel GARCÍA MAYO
3. Sentencia del Tribunal Supremo 754/2023 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de mayo, por Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 816/2023, de 29 de mayo. LA «COMISIÓN DE APERTURA» EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA: CRITERIOS PARA ANALIZAR SU CARÁCTER ABUSIVO TRAS LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023, por José Antonio MARTÍN PÉREZ
5. Sentencia del Tribunal Supremo 984/2023, de 20 de junio de 2023: guarda y custodia de menor, por Lucía SÁNCHEZ GARCÍA

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. SOBRE EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN PARA DECIDIR LIBRE, INFORMADA Y CONSCIENTEMENTE EL MODO Y MOMENTO DE MORIR EN UN CONTEXTO EUTANÁSICO, por María Concepción TORRES DÍAZ
2. Sentencia del tribunal constitucional 19/2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057/2021 contra la ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. EUTANASIA Y ACTO MÉDICO. PERSPECTIVA DESDE LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL, por José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y Cristina Nicole ALMEIDA AYERVE
3. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. SOBRE EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO SEXUAL Y REPRODUCTIVO, por María Concepción TORRES DÍAZ
4. Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023. UNA JURISPRUDENCIA NUEVA SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, por Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ
5. Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2023 de 12 de septiembre de 2023. EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO: BREVE RESUMEN, por Fernando REY MARTÍNEZ

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

1. Sentencia del Tribunal Supremo 1419/2023, de 28 de marzo, sobre el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, por María Ángeles GARCÍA FRÍAS

DERECHO MERCANTIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala de lo Civil) 129/2023, de 31 de enero de 2023. SEGURO DE INCAPACIDAD ABSOLUTA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO. FECHA DEL SINIESTRO, por César GILO GÓMEZ
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 485/2023, de 17 de abril de 2023. Rec. 4815/2021. DECLARA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DE UNA EMPRESA AUDIOVISUAL Y FIJA LOS REQUISITOS DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO EN SOCIEDADES MERCANTILES, por Laura CABALLERO TRENADO
3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 16 de febrero de 2023. Asunto C-312/21 *Tráficos Manuel Ferrer*, S. L. contra Daimler AG. EL PLENO RESARCIMIENTO ANTE EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE COSTAS JUDICIALES EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INFRACCIONES *ANTITRUST* Y LOS PRESUPUESTOS PARA LA ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO, por Fernando DE LA VEGA GARCÍA
4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), de 20 de abril de 2023. Asuntos acumulados C-775/21 (*Blue Air Aviation*) y C-826/21 (UPFR). LOS Matices DE LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN MEDIOS DE TRANSPORTE DE PASAJEROS DE OBRAS PROTEGIDAS POR PROPIEDAD INTELECTUAL, por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil. Sección 1.ª) 826/2023, de 29 de mayo de 2023. LICITUD DE LA COMISIÓN DE APERTURA DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO, por Rafael MARIMÓN DURÁ

DERECHO PENAL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 19 de abril de 2023. LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA, por Manuel CASTILLO MORO

DERECHO PROCESAL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2023, de 20 de febrero de 2023 por la que se resuelve recurso de amparo, por Celia CARRASCO PÉREZ
2. Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2023. Núm.139. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL (ACCESO AL RECURSO), por Eltjon MIRASHI

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de enero de 2023, asunto C-154/21, RW vs. Österreichische Post AG

SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO DEL INTERESADO A SUS DATOS Y SI INCLUYE O NO INFORMACIÓN SOBRE LOS DESTINATARIOS O LAS CATEGORÍAS DE DESTINATARIOS A LOS QUE SE COMUNICARON O SERÁN COMUNICADOS, CON NOTICIA DE OTRAS SSTJUE DE 2023 SOBRE EL MISMO DERECHO

Entre los derechos de las personas como titulares de datos de carácter personal, la normativa de aplicación (*Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, RGPD, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, adelante LOPD) recoge el llamado «derecho de acceso» (arts. 15 RGPD y 13 LOPD). Se trata de un derecho que, más allá de servir a los demás reconocidos (sabiendo de qué datos dispone el responsable del tratamiento será posible pedir su rectificación o su supresión, p. ej.), tiene entidad propia.

En ejercicio del derecho de acceso, el responsable del tratamiento deberá facilitar al titular (en la terminología del RGPD, «interesado») todos los datos suyos de que disponga, bien mediante su entrega, bien facilitándole acceso permanente a su sistema para que pueda consultarlos, así como otra información: fines del tratamiento, categorías tratadas, plazo de conservación, derechos del titular, origen de los datos, etc. Entre tales extremos, el art. 15.1.c RGPD dispone que el responsable del tratamiento debe facilitar al interesado «los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales».

En el caso que nos ocupa, en ejercicio del art. 15 RGPD, un ciudadano austriaco (R. W.) solicitó a *Österreichische Post* (el equivalente de Correos en España), que le facilitara los datos suyos de que disponía o había dispuesto en el pasado junto con, si los había, la identidad de los eventuales destinatarios a los que se les hubieran comunicado. En respuesta a la solicitud, *Österreichische Post* se limitó a señalar que utilizaba los datos, dentro de los límites legales, en el ejercicio de su actividad como editorial de guías telefónicas y que ofrecía estos datos personales a clientes comerciales con fines de *marketing*, y remitió a un sitio de Internet que ofrecía más información al respecto, pero no comunicó la identidad de los destinatarios concretos de los datos personales de R. W. Ante dicha respuesta, éste demandó a *Österreichische Post* ante los tribunales solicitando que se le ordenase facilitarle la identidad de tales destinatarios.

Durante el procedimiento judicial, *Österreichische Post* procedió a informar a R. W. de que los datos habían sido tratados con fines de *marketing* y transmitidos a clientes

como «anunciantes del sector de la venta por correspondencia y del comercio físico, empresas informáticas, editores de directorios y asociaciones como organizaciones caritativas, organizaciones no gubernamentales (ONG) o partidos políticos».

Desestimada la demanda en primera instancia y apelación, por considerar que el art. 15 permite indicar al responsable solo las categorías de destinatarios sin tener que facilitar su nombre completo, el caso llegó al *Oberster Gerichtshof*, Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austríaco, que planteó la cuestión prejudicial en el siguiente sentido:

¿Debe interpretarse el artículo 15, apartado 1, letra c), del [RGPD] en el sentido de que, en el caso de comunicaciones previstas respecto de las que aún no se hayan determinado los destinatarios concretos, el derecho de acceso se limita a la información sobre las categorías de destinatarios, mientras que, en el caso de que los datos ya hayan sido comunicados, el derecho de acceso debe extenderse necesariamente también a la información sobre los destinatarios de esas comunicaciones?

Para el TJUE, la dicción del artículo no permite deducir que haya un orden de prioridad entre «destinatarios» y «categoría de destinatarios», por lo que no se puede determinar unívocamente que el interesado tenga derecho a ser informado de la identidad concreta de los destinatarios de sus datos. Ahora bien, hay una serie de elementos de contexto que ayudan a interpretar dicho precepto:

- a) el Considerando 63 RGPD, que señala que el interesado tiene derecho a conocer y que se le comunique la identidad de los destinatarios, sin precisar que baste con indicar la categoría;
- b) ha de darse cumplimiento al derecho de acceso dentro de los principios de tratamiento, entre los que se encuentra el de transparencia (art. 5);
- c) por contraposición con los arts. 13 y 14, el art. 15 reconoce un verdadero derecho del interesado, que implicaría elegir entre conocer la identidad de los destinatarios, cuando fuera posible, e información sobre las categorías de estos;
- d) en anterior jurisprudencia, el TJUE ya había dejado sentado que este derecho de acceso debía permitir comprobar al interesado que los datos son exactos y que son objeto de tratamiento lícito, lo cual implica que debe poder estar seguro de que son comunicados solo a destinatarios autorizados;
- e) el derecho de acceso es necesario para permitir ejercitar, en su caso, el resto de derechos reconocidos; y
- f) el art. 19 RGPD obliga al responsable a comunicar a los destinatarios cualquier rectificación y supresión o limitación del tratamiento, así como al interesado, si lo solicita, información acerca de tales destinatarios.

Por todo lo anterior, reforzado por la finalidad que persigue el RGPD (proporcionar un elevado nivel de protección de las personas físicas dentro de la Unión) concluye el TJUE que la información a facilitar debe ser lo más exacta posible, por lo que el interesado tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento información sobre los

destinatarios concretos a los que hayan sido o vayan a ser comunicados los datos personales que le conciernen (apdos. 39 y 46), sin perjuicio de que dicho interesado pueda optar por solicitar información solo de las categorías (apdo. 43).

Ahora bien, dado que el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto y que, efectivamente, puede haber circunstancias en las que no sea posible facilitar información sobre destinatarios concretos (apdos. 47 y 48), el derecho de acceso podrá limitarse a la información sobre las categorías de destinatarios cuando no sea posible comunicar la identidad de los destinatarios concretos, en particular, cuando estos aún no se conozcan. Ello está relacionado con el hecho de que, aun cuando sea un derecho del interesado, el responsable no está obligado a responder a solicitudes «manifiestamente infundadas o excesivas» (apdo. 49, en relación con el art. 12.5), circunstancia que corresponde apreciar al tribunal nacional.

Por todo lo referido, señala el TJUE que el citado art. 5.1.c RGPD

implica, cuando esos datos hayan sido o vayan a ser comunicados a destinatarios, la obligación del responsable del tratamiento de facilitar a ese interesado la identidad de esos destinatarios, a menos que no sea posible identificarlos o que dicho responsable del tratamiento demuestre que las solicitudes de acceso del interesado son manifiestamente infundadas o excesivas en el sentido del artículo 12, apartado 5, del Reglamento 2016/679, en cuyo caso este podrá indicar al interesado únicamente las categorías de destinatarios de que se trate.

La interpretación dada por el TJUE es, a mi juicio, acertada. La dicción del RGPD permite la comunicación de las categorías, no de las concretas identidades de los destinatarios de los datos, pero ello no en favor del responsable, sino del interesado que ejercita el derecho. Lo cierto es que, respecto de los destinatarios a los que ya se hayan cedido los datos, estos debieran poder ser identificados en todo momento por el responsable del tratamiento, pues de lo contrario este devendría ilícito.

El problema, en el ámbito que nos ocupa, son las sucesivas cesiones que puede autorizar, casi sin saberlo, el interesado a la hora de dar el consentimiento; un ejemplo paradigmático lo constituyen los consentimientos a las *cookies*, que permiten la cesión de datos a todos los pretendidos «socios y *partners*» del sitio web que las recopila, muchos de los cuales son *data brokers* que, a su vez, utilizarán los datos para crear perfiles y ofrecerlos a otros destinatarios. Esta «capilaridad» del consentimiento es dudoso que se produzca igualmente en el ejercicio del derecho de supresión o limitación del tratamiento: ¿Informan realmente los responsables a los destinatarios del ejercicio de tales derechos? ¿Ha de seguir el interesado las diferentes cesiones de sus datos para ir ejercitando su derecho frente a cada uno de ellos? Mas bien parece que una vez cedidos los datos, a lo más, los derechos se pueden ejercitar con mediana transparencia y eficacia frente al responsable del tratamiento original (quien los recabó), pero dudosamente frente al resto; de hecho, no debiera ser necesario hacerlo, en virtud del art. 19 RGPD. El control de las cesiones y del cumplimiento de los derechos por parte

de destinatarios que no sean el responsable original resulta inviable *de facto*, cuando no imposible. Los datos personales, una vez entregados y cedidos, salen del control efectivo del interesado, quedando sus derechos vacíos de contenido. Si se me permite la referencia cinéfila, los datos y los derechos asociados a su ejercicio desaparecen *como lágrimas en la lluvia...*, pero ahí siguen, nutriendo perfiles de usuario.

En lo que va de 2023, el TJUE se ha pronunciado en otras dos ocasiones sobre el derecho de acceso.

En el [caso CRIF](#) (STJUE 04-05-2023, asunto C-487/21), el Tribunal ha dictaminado que *«el derecho a obtener del responsable del tratamiento una copia de los datos personales objeto de tratamiento implica que se entregue al interesado una reproducción auténtica e inteligible de todos esos datos. Este derecho incluye el de obtener copia de extractos de documentos, o incluso de documentos enteros, o de extractos de bases de datos, que contengan, entre otros, dichos datos, si la entrega de tal copia es indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere ese Reglamento»*. Mas ello, teniendo en cuenta también los derechos y libertades de los terceros (art. 15.4 RGPD).

Por su parte, en el [caso Pankki](#) (STJUE 22-06-2023, asunto C-579/21) el Tribunal dejó sentado que

la información relativa a operaciones de consulta de datos personales de una persona, relativas a las fechas y a los fines de estas operaciones, constituye información que esa persona tiene derecho a obtener del responsable del tratamiento en virtud de esa disposición. En cambio, *dicha disposición no consagra tal derecho en lo que respecta a la información relativa a la identidad de los empleados de dicho responsable que llevaron a cabo esas operaciones bajo su autoridad y de conformidad con sus instrucciones, a menos que esa información sea indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere ese Reglamento y siempre bajo la condición de que se tengan en cuenta los derechos y libertades de esos empleados.*

Es decir, el derecho de acceso se agota, normalmente, con la información sobre cuándo y a qué fines sus datos fueron consultados por la *empresa responsable*, no debiendo facilitarse la identidad de los empleados que la consultaron... salvo que sea indispensable para ejercer sus derechos por parte del interesado. Se me ocurren algunos supuestos en los que un interesado (p. ej., un empleado o un paciente) puede querer (necesitar) saber si algún otro compañero de la empresa (o qué profesional del centro de salud u hospital) ha consultado sus datos más allá de lo que podría o necesitaría teóricamente hacer por su trabajo..., así que mucho ojo con lo que uno consulta sobre los compañeros (pacientes, clientes...) aprovechando que, por razón de su puesto, tiene acceso a los ficheros que sean.

La relevancia del derecho de acceso puede apreciarse en las importantes sanciones que trae consigo su infracción. En mayo de 2022 la AEPD impuso una multa a Mercadona por importe de 170.000 € ([PS/00267/2021](#)), por no responder adecuadamente

a una petición de acceso, borrando imágenes solicitadas y no respondiendo a la petición realizada: 70.000 € directamente por infracción del art. 15 RGPD, en relación con el 12 (por ausencia de información y respuesta), y los otros 100.000 € por violación del art. 6 y los principios del tratamiento (por tratamiento ilícito al borrar imágenes que, solicitado el acceso, debía conservar hasta que se resolviera la pertinencia del derecho ejercitado).

La resolución tenía 61 páginas. Nada accesorio ni banal.

Juan Pablo APARICIO VAQUERO
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
juanpa@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2023, de 6 de marzo de 2023. Recurso de amparo 163-2020

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EXISTIENDO HIJOS MAYORES DE EDAD

El objeto principal del recurso de amparo se centra en determinar si, desde la perspectiva del deber de motivación reforzada por su afectación al derecho a la protección familiar (art. 39 CE), la decisión judicial de declarar extinguido el derecho de uso de sus hijas sobre la vivienda familiar por haber alcanzado la mayoría de edad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE).

Señala el Tribunal Constitucional que, como ya ha referido en la STC 113/2021, de 31 de mayo, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esta obligación, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión posibilitando su control mediante el sistema de los recursos y como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad. Esto implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho. Ello se traduce en que no es aceptable una resolución judicial de carácter meramente discrecional, sino que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar y de las necesidades de la propia familia consideradas en sí mismas, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución. En particular, las decisiones sobre adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, que es lo que motivó la constitución legal de tal derecho a su favor, deben inspirarse en el interés más digno de protección, para lo que juega un papel indispensable la capacidad económica de las personas concernidas con la decisión.

Sentado lo anterior, considera el Tribunal Constitucional que ningún reproche cabe hacer a las sentencias impugnadas, en tanto no solo encuentran su apoyo legal en la propia dicción del art. 96.3 CC, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la que se disponía que, en caso de que no existieran hijos en el matrimonio, podía acordarse el uso de la vivienda familiar por tiempo limitado al cónyuge no titular de la misma, «siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección», sino que aplican la doctrina asentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha venido asimilando la situación del cónyuges sin hijos a los del cónyuge con hijos mayores de edad,

como sucede en el presente caso (*vid.* GARCÍA MAYO, M. 2019: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*. Madrid: Reus, 77 y ss. y 438 y ss.).

Es más, tal y como refiere la propia sentencia comentada, si alguna duda pudiera haber surgido respecto al modo adecuado de interpretar el art. 96 CC, tras la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, han quedado disipadas por el propio legislador, por cuanto en su primer párrafo ordena que «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad», advirtiendo en su párrafo tercero de que «extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes».

Es por ello que considera el Tribunal Constitucional que no puede apreciarse irrazonabilidad alguna en las resoluciones judiciales por haber tenido en consideración la capacidad económica de ambos progenitores y el valor de sus respectivos patrimonios, pues los datos que arrojan indefectiblemente reflejan que la demandante de amparo está en una situación más ventajosa respecto del señor Hugo, siendo, por lo demás, sus ingresos profesionales notablemente superiores a los de aquel. Por el contrario, don Hugo vive con su familia en una vivienda de alquiler, sin tener más propiedades y percibiendo unos ingresos menores derivados de su actividad empresarial.

Insiste el Tribunal en que los hijos a los que se refiere el art. 96.1 CC para la atribución del uso de la vivienda familiar son los que sean comunes y menores de edad. En caso de tratarse de hijos mayores, la regla a aplicar debe ser la del párrafo 3 del art. 96 CC, que permite adjudicársela si las circunstancias lo aconsejan y su interés fuera el más necesitado de protección. No le asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando afirma que tal interpretación judicial es contraria al mandato de protección de los hijos contenido en el art. 39 CE, pues ninguna relación tiene esta norma de adjudicación del uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores contemplada en los arts. 142 y ss. CC relativos al derecho de alimentos entre parientes, que incluye la necesidad de habitación.

La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. Esta misma interpretación es la que ha venido realizando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en todas aquellas ocasiones en las que se le ha planteado este supuesto.

No considera, pues, el Tribunal que los hijos mayores hayan sido abandonados por el ordenamiento jurídico, que articula su mejor protección a través de las normas relativas al deber de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss. CC) y que incluye lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, por lo que no puede afirmarse que se encuentren en una situación de vulnerabilidad injustificable, ni es razón suficiente para seguir adjudicándoles el uso de la vivienda familiar, cuando tal

necesidad de habitación está cubierta con su derecho de alimentos ex art. 142 CC o cuando, como en el supuesto enjuiciado, en uso de su libertad han decidido vivir con un progenitor en vez de con otro, pues el art. 96.1 CC, como expresa la sentencia de apelación impugnada, otorga la prioridad a uno de los cónyuges en tanto sea custodio de los hijos menores, pero cuando tal responsabilidad cesa, no existe razón de peso para mantener esta regla, cuando las necesidades de los hijos quedan cubiertas, que es lo que ocurre en el presente caso. Es por ello que concluye la sentencia comentada afirmando que la respuesta judicial a la adjudicación de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad de las hijas comunes no puede tacharse ni de arbitraria ni de irrazonable, sino que ha sido fruto de la ponderación de los intereses de relevancia constitucional en juego, valorando todas las circunstancias concurrentes sobre la afectación de los derechos que la decisión judicial comporta.

Manuel GARCÍA MAYO
Profesor ayudante Dr. de Derecho Civil
Universidad de Sevilla
mgarcia127@us.es

Sentencia del Tribunal Supremo 754/2023 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 16 de mayo

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 754/2023, de 16 de mayo ([RJ 2023/2751](#)), cuyo ponente fue la Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán, resuelve un supuesto de doble acción: por un lado, la reclamación de filiación no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja y, por otro lado, la declaración de paternidad de su expareja de los propios hijos biológicos del demandante.

Al margen de lo mediático de todo el proceso judicial que han seguido los medios de comunicación desde el principio, y que es perfectamente identificable, para los juristas ha sido un caso tremendamente atractivo por la situación jurídica que ha habido que resolver.

Nos situaremos previamente en la historia, donde existe una larga relación de pareja entre dos hombres, que en un momento determinado deciden acudir a la gestación subrogada para ser padres, uno de ellos es padre de dos hijos en marzo de 2011 y el otro miembro de la pareja es padre de otros dos hijos siete meses después (en octubre de 2011); cada uno de los hijos se inscribió con los apellidos del que aportó el material genético, haciendo constar como estado civil del progenitor el de soltero. En 2016 se produce la ruptura de la pareja y los hijos se van con sus respectivos padres biológicos. El 17 de octubre de 2018, uno de los miembros de la pareja solicita en los Juzgados de Pozuelo de Alarcón una doble acción de paternidad, en la que se pretendía que se declarase a ambos varones como progenitores de los cuatro hijos, y que así constase en el Registro Civil español. Tanto el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pozuelo de Alarcón (sentencia de 26 de octubre de 2020), como el recurso de apelación en la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24 bis) en sentencia de 8 de abril de 2022 ([JUR2022/249275](#)) desestimaron las pretensiones principales de la demanda.

El demandante reclamó ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, formulando recurso por infracción procesal y de casación; siendo admitidos ambos, se dicta la sentencia que ahora analizamos. Vamos a intentar desgranar los aspectos más interesantes del recurso de casación, que se articula en dos motivos: el primero de los motivos de casación estima que se ha vulnerado el art. 131 del Código Civil ([BOE-A-1889-4763](#)) porque la sentencia recurrida estima que la posesión de estado no es cauce legal para declarar la filiación que se pretende; y el segundo motivo de casación considera que se vulnera el principio del interés superior del menor, infringiendo el art. 3.1 de la [Convención de Naciones Unidas \(BOE-A-1990-31312\)](#), el art. 2.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor ([BOE-A-1996-1069](#)), el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades ([BOE-A-1979-24010](#)) y los arts. 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

(DOUE-Z.2010-70003). Para el demandante tanto la posesión de estado como el interés superior de los menores deben llevar a que se declaren las paternidades reclamadas y todo lo que conllevan.

Es conveniente empezar señalando que la regulación de la familia, tal y como la hace el art. 39 CE (BOE-A-1978-31229), supuso un cambio espectacular en la ordenación de esta institución en España (De Torres Perea, J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia*. Madrid: Iustel). Además, la ausencia de una definición constitucional de la familia se conforma como una posibilidad de adaptación a las nuevas realidades sociales. Por ello, a lo largo de estos años se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil. Nos encontramos, pues, con que en España no se introdujo un modelo de familia que pudiera limitar y encorsetar futuras regulaciones de situaciones convivenciales, a las que se considera dignas de protección. La familia es un grupo humano con una pluralidad de sujetos (dos o más). Limitamos su extensión en función de criterios como la filiación, el parentesco, incluso la relación de afinidad o la adopción. Partiendo de estas nuevas realidades, que cada vez son más numerosas, nos encontramos con una cierta imprecisión en la regulación de la filiación que procede «de que el concepto de la filiación por naturaleza se basa en sus orígenes en una realidad biológica... pero ahora también se basa en ficciones a las que la ley otorga efectos jurídicos» (Pereña Vicente, M. (2012). Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (29), 130-149).

Es indudable, en el caso que nos ocupa, que durante los años de convivencia de la pareja existió el propósito de fundar una única familia en la que los hijos fueran tratados como hermanos, no puede hablarse de proyectos paralelos e independientes, así lo reconoce la sentencia; incluso, cuando se produce la ruptura firman un convenio el 27 de julio de 2016, en el que empiezan reconociendo que «ambos decidieron establecer un vínculo común mediante la gestación de cuatro hijos mediante subrogación, con la intención absoluta que de que crecieran como hermanos». El TS no niega que exista posesión de estado, porque es evidente que la hay, pero, constante la relación de pareja y habiendo sido ambos asesorados legalmente en el momento de gestionar el contrato de la gestación subrogada, en ningún momento se intenta regular la situación reclamando la filiación, ni se impulsó la adopción de los hijos del otro y, sobre todo, lo que a mi modo de ver es más decisivo aún, ninguno de los miembros de la pareja intervino ni prestó el consentimiento en el contrato para la gestación de los hijos del otro miembro de la pareja que no eran hijos biológicos suyos; si el recurrente reclama que se reconozca un nuevo tipo de filiación que califica como voluntarista e intencional al amparo de las técnicas de reproducción asistida, filiación en la que el consentimiento es decisivo, en este caso no hubo tal consentimiento; precisa el tribunal: «No se deniega la filiación por la nulidad del contrato de gestación subrogada conforme al art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (BOE-A-2006-9292), sobre técnicas de reproducción humana asistida, sino porque ninguno de ellos fue parte en el contrato firmado por el

otro». Sigue la sentencia exponiendo que la filiación no matrimonial por posesión de estado está pensada por el legislador para reclamar la filiación biológica que el otro progenitor niega; en el caso que nos ocupa, la posesión de estado se pretende que se interprete tanto como requisito de legitimación como de prueba sobre el fondo de la cuestión suscitada, y ello porque «no se pretende que se declare judicialmente la existencia de un título de legitimación, sino la realidad misma de la filiación que se reclama». Por estos y otros tantos razonamientos, considera el Tribunal que la posesión de estado no es título suficiente para la determinación de la filiación, salvo que se prevea expresamente en las leyes.

El interés superior del menor es, indudablemente, un criterio decisivo a la hora de resolver los asuntos en los que están implicados los niños, pero, como muy bien señala el Tribunal, el interés del menor no puede amparar decisiones contrarias a la legalidad vigente. No entraremos en la necesidad de legislar en el ámbito internacional y nacional de cada Estado, evitando quizá de esta manera una contrariedad de los intereses de los niños que nacen acudiendo a la gestación por subrogación —en España es contraria al orden público, pero no lo es en otros Estados, fomentando de esta manera la mercantilización como se establece en la STS de Pleno 277/2022, de 31 de marzo (RJ 2022/1190)—. En este sentido, el voto concurrente en la Sentencia del TEDH de 24 de marzo de 2022, caso A.M. v. Norway (Application no. 30254/18) señala que «cuando se acude a un acuerdo de gestación por subrogación en un país extranjero por no ser legal en el propio se entra en lo que se califica de viaje precario respecto del que los Estados no pueden ser responsables pero que en ocasiones convierte a los menores en víctimas de proyectos parentales bien intencionados pero desesperados». Siendo esto así, desde luego que el interés de los cuatro niños hubiera sido el mantenerse juntos, pero este interés no es la única causa para fijar una filiación sin apoyo legal, ni jurisprudencial. Aunque en ocasiones es necesario conceder ciertos efectos para proteger el derecho a la vida familiar y evitar la desprotección de los menores, en el caso que nos ocupa no existe en los menores ninguna incertidumbre ni inseguridad jurídica por indeterminación de su filiación o nacionalidad porque ambas están determinadas. Mantiene el demandante que la convivencia como hermanos debería consolidarse mediante la determinación judicial de las paternidades que se reclaman y mantener, en interés de los niños, la situación fáctica que se había creado, a lo que el Tribunal responde que ni la convivencia anterior ni el interés superior del menor justifican que se puedan establecer unas paternidades que carecen de cobertura legal. El vínculo de los niños entre sí y con la pareja de su padre biológico (respectivamente) no es título para establecer vínculo legal de filiación, para estos supuestos el ordenamiento jurídico establece el cauce de la adopción, que no se ha querido seguir. Concluimos con el Tribunal que la pretensión de determinar la doble paternidad pretende crear una situación jurídica con sus derechos y obligaciones que no ha existido nunca, el no reconocimiento de la filiación pretendida no priva a los menores de sus derechos ni afecta a su identidad. Atendiendo a todas estas circunstancias la opción más adecuada es

seguir manteniendo vínculos con todos aquellos a los que les une una relación afectiva, mediante un amplio régimen de visitas, estancias y relaciones, más allá de las que se fijan para los meros allegados (Díaz Alabart, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados. *Revista de derecho privado*, (87), 345-371); sistema en el que los menores se encuentran a día de hoy sin problema.

Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN
Profesora permanente laboral
Área de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
carmela@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) n.º 816/2023, de 29 de mayo

LA «COMISIÓN DE APERTURA» EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA: CRITERIOS PARA ANALIZAR SU CARÁCTER ABUSIVO TRAS LA STJUE DE 16 DE MARZO DE 2023

La sentencia del Tribunal Supremo n.º 816/2023 era esperada en cuanto realiza la toma en consideración de la STJUE (Sala 4.ª) de 16 de marzo de 2023, C-565/21; y puede decirse que viene a matizar la doctrina que el TS ha mantenido respecto a la validez de la cláusula relativa a la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios. En concreto, asume que la comisión de apertura no forma parte de los elementos esenciales del contrato, por lo que puede ser objeto de control de abusividad, aunque sea transparente. No obstante, en el supuesto debatido, descarta el carácter abusivo de la cláusula por considerar que cumple todos los parámetros establecidos por la STJUE de 16 de marzo de 2023.

El análisis de la evolución de los criterios en torno a la comisión de apertura resulta necesario para entender la doctrina actual. El punto de partida es la STS (de Pleno) 44/2019, de 23 de enero, que de forma muy clara rechazó la posibilidad de aplicar a estas estipulaciones el control de abusividad por razón de su contenido al aplicarle la excepción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. En concreto, argumenta que la comisión de apertura (que retribuye las actividades de estudio, de concesión o de tramitación del préstamo hipotecario u otras similares inherentes a la concesión del préstamo) constituye, junto con el interés remuneratorio, el precio del contrato y, en consecuencia, es un elemento esencial del contrato de préstamo. Se estimó que no estábamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Concluye que no podía exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de la comisión de apertura, tuviera que probar, en cada préstamo, la existencia y el coste de las actuaciones realizadas (estudio de la viabilidad del préstamo, de la solvencia del deudor, del estado de cargas del bien, etc.), que en su mayoría son exigidas por las normas sobre solvencia bancaria y son imprescindibles para la concesión del préstamo, por lo que son «inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo». Y consideró que la exigencia de prueba de la equivalencia entre la comisión y el coste de las actuaciones inherentes a la concesión del préstamo habría supuesto controlar la adecuación entre el precio y los servicios proporcionados.

Se añade que «la cláusula que establece la comisión de apertura no es abusiva si supera el control de transparencia», advirtiendo que la normativa que regula esta comisión está destinada a asegurar dicha transparencia (agrupación en una sola comisión

de todas las que pudieran corresponder a las gestiones realizadas para la concesión, devengo de una sola vez, información al consumidor de su existencia antes de la celebración del contrato e inclusión en el cálculo de la TAE).

El Tribunal de Justicia UE se pronunció sobre esta comisión, respecto de un contrato con consumidores celebrado en España, en la sentencia de 16 de julio de 2020 (asuntos C-224/19 y C-259/19). Ya admitía que «el hecho de que la comisión esté incluida en el coste total del préstamo no implica que sea una prestación esencial de este»; y que tal cláusula puede generar un desequilibrio importante «cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y los gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente».

Con anterioridad, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17), ante una cláusula similar, estableció que el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión no estén detallados no significa que la cláusula no cumpla el requisito de transparencia, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto; y siempre que se haya determinado con precisión el importe de los gastos a cargo del consumidor, su método de cálculo y el momento en que han de abonarse. Y apunta que la abusividad surgiría cuando no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de la gestión o del desembolso del préstamo o que los importes a abonar por el consumidor sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo. Criterios que son reiterados por la STJUE de 3 de septiembre de 2020, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19.

La sentencia que analizamos tiene su origen en un contrato de préstamo hipotecario celebrado por un consumidor con Caixabank SA en el año 2005, en el que en el apartado de comisiones se hace constar: «Comisión de apertura: sobre la primera disposición a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de 845 euros». El importe del préstamo fue de 130.000 euros. Solicitada por el prestatario la nulidad de esta y otras cláusulas, la demanda fue estimada íntegramente en primera instancia. El recurso de apelación interpuesto por Caixabank fue desestimado, por considerar que la atribución del pago de la comisión al consumidor era abusiva, en la medida en que la prestamista no había justificado que el cobro se correspondiera con la prestación de algún servicio efectivo.

Tras el recurso de casación planteado por la prestamista, es en la fase de deliberación cuando el TS acuerda plantear una petición de decisión prejudicial, donde se plantean tres cuestiones, y va a dar lugar a la STJUE de 16 de marzo de 2023 (asunto C-565/21). En primer lugar, plantea el TS si se opone a la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que, a la vista de la regulación nacional de la comisión de apertura como retribución de diversos servicios, considera que la cláusula que la establece forma parte del «objeto principal del contrato», por entender que tal comisión constituye

una de las partidas principales del precio, y no puede apreciarse su carácter abusivo si está redactada de manera clara y comprensible. El TJUE da una respuesta clara y sin ambigüedades al descartar que la comisión de apertura forme parte del objeto principal del contrato de préstamo, considerando únicamente como tal en el préstamo el interés remuneratorio.

En segundo lugar, plantea si se opone al art. 4.2 Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional que para valorar el carácter claro y comprensible de la cláusula toma en consideración elementos como el conocimiento generalizado de tal cláusula entre los consumidores, la información obligatoria que la entidad financiera debe dar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información, la publicidad de las entidades bancarias, etc. El TJUE responde que para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula que estipule una comisión de apertura, como requisito previo de transparencia, el juez deberá comprobar que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que se retribuyen. Además, advierte que el prestamista no tiene obligación de precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida, pero debe poder entenderse razonablemente o deducirse del contrato en su conjunto. Y también ha de darse especial relevancia a la información que la entidad financiera debe ofrecer conforme a la normativa nacional, como la publicidad ofrecida; valorándose también la ubicación y la estructura de la cláusula en el contrato.

Por último, consultó el TS si es aceptable el criterio jurisprudencial que considera que esta cláusula no causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato. El TJUE parte de que la comisión de apertura no es *per se* abusiva, pero podría serlo cuando los servicios previstos no son prestados realmente, o cuando el importe de la comisión es desproporcionado en relación al importe del préstamo, o cuando los servicios que se retribuyen están ya incluidos en otros conceptos cobrados al consumidor.

El TS, en la sentencia analizada, admite que ha de modificar el criterio jurisprudencial mantenido hasta el momento, pues, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente. Entrando en el análisis de la comisión, también admite que no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula, pues dependerá del examen individualizado de cada caso.

La sentencia tiene muy presentes los requisitos de transparencia que exige la normativa bancaria. En la actualidad, se regula en el art. 14 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que, aunque es menos expresiva sobre su admisión que la regulación anterior, la admite implícitamente.

En la fecha del contrato de la litis, se aplica la Orden de 5 de mayo de 1994, que exigía que esta comisión debía comprender todos los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, que debía integrarse en una única comisión, que había de denominarse «comisión de apertura», que se devengaría de una sola vez, y debía contener especificados su importe y su forma y fecha de liquidación. Concluye el TS que todos los parámetros se cumplen en la cláusula litigiosa, constando además que la entidad había entregado a los prestatarios un ejemplar de las tarifas de comisiones. No se encuentran razones para cuestionar que resulte clara y fácilmente comprensible respecto a los servicios prestados, y también respecto a su coste, que además se incluye como uno de los conceptos integrantes de la TAE. Igualmente descarta el TS el solapamiento de comisiones por el mismo concepto. Por todo ello, considera superado el control previo de transparencia.

Y en cuanto al control del contenido, al analizar la proporcionalidad del importe —«con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios»—, concluye que no parece que una comisión de 845 euros sobre un capital de 130.000 sea desproporcionada, en cuanto supone un 0,65 % del capital, oscilando el coste medio entre el 0,25 % y el 1,50 %. Por ello, se descarta que la cláusula pueda ser considerada abusiva en este supuesto, procediendo a estimar, en este aspecto, el recurso de casación planteado por la entidad bancaria.

Los parámetros utilizados por el TS no admiten demasiada crítica, en la medida en que aplica la directriz europea de valoración caso por caso, tanto respecto a la transparencia como del control del contenido. Y se realiza en la sentencia un cierto esfuerzo por aportar criterios que sean extrapolables a otros casos, tratando de aportar así cierta seguridad.

Sin embargo, la argumentación que realiza el TS respecto a la no abusividad de la cláusula resulta demasiado escueta y muy centrada en la cuantía, cuando hay otros aspectos a valorar. Por otra parte, el TS continúa apegado a la «doctrina de la inherencia», al identificar la comisión de apertura como retributiva de los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo, en general, «inherentes a la actividad de la entidad ocasionada por la concesión del préstamo», considerando que la necesidad de especificar y acreditar los servicios que se retribuyen ha sido descartada expresamente como requisito de validez por el TJUE. Y es que en esta cuestión ha existido cierta ambigüedad o disparidad de posiciones en las distintas resoluciones del TJUE. En todo caso, como se puntualiza en la STJUE de 16 de marzo de 2023, ha de rechazarse la interpretación que considera «que no cabe en ningún caso considerar abusiva una cláusula que establezca una comisión de apertura por el mero hecho de que tenga por objeto servicios inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo y previstos por la normativa nacional... Esa jurisprudencia limitaría la facultad de los tribunales nacionales de llevar a cabo, de oficio en su caso, el examen... de la potencial abusividad de las cláusulas en cuestión». En esta línea, hay que recordar que el art. 87.5 del Texto Refundido LGDCU, al contemplar las

denominadas «cláusulas abusivas por falta de reciprocidad», contiene una previsión que podría servir para desechar la doctrina de la inherencia: «En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleva indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecúen al servicio efectivamente prestado».

Por todo ello, no hay que descartar que esta cláusula siga en el futuro siendo objeto de debate y de decisiones polémicas.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
jamp@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 984/2023, de 20 de junio de 2023: guarda y custodia de menor

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

D. Alberto, procurador, en nombre y representación de D. Nemesio, el 12 de julio de 2019, interpone demanda de divorcio contra Dña. Sagrario.

En la demanda se alega que el matrimonio se encontraba separado de hecho desde el 21 de febrero de 2019 y que Dña. Sagrario manifestó sus sospechas de que D. Nemesio estaba abusando sexualmente de la hija de ambos. Se señaló también que Dña. Sagrario había denunciado a D. Nemesio por violencia de género; razones por las que se prohibió a Nemesio la aproximación y comunicación con su esposa, estableciéndose un régimen de visitas de la menor. Dña. Sagrario impedía a Nemesio el contacto con la niña desde abril de 2019, razón por la cual, en junio de 2019, presentó denuncia contra Dña. Sagrario por sustracción de la menor.

En la demanda se solicita, entre otras cuestiones: el divorcio; la guardia y custodia de la hija menor de edad de ambos progenitores; la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, privativo de Nemesio, en compañía de la hija de ambos. Se establece también el régimen de visitas para Dña. Sagrario, madre de la niña, y se solicita, por evidente riesgo de sustracción de la menor, que se le retire el pasaporte a la madre (demandada) y se prohíba la salida del territorio nacional.

Ante estos hechos, Dña. Sagrario se opone a la demanda alegando el maltrato familiar directo por su parte e indirecto por parte de su hija, además de los abusos sexuales del padre a la menor. Así las cosas, Dña. Ascensión, en nombre y representación de Dña. Sagrario, contesta a la demanda y dice que la patria potestad será compartida, pero la guardia y custodia de la hija de ambos la mantendrá la madre, dada la existencia de un procedimiento penal contra don Nemesio por violencia de género y un procedimiento penal por abusos sexuales a la menor. La guardia y custodia será mantenida por la madre en Alicante.

En la contestación se solicita la suspensión del régimen de visitas de D. Nemesio hasta la finalización de los mencionados procedimientos penales. Dice Dña. Ascensión en representación de Dña. Sagrario que, en caso de que se considere que no procede la suspensión del régimen de visitas, éstas se realicen un sábado al mes. Esto deberá mantenerse hasta la finalización de los procedimientos penales existentes contra Nemesio.

2. SOLUCIÓN DADA EN PRIMERA INSTANCIA

El 23 de julio de 2021 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón dicta Sentencia por la que se disuelve el matrimonio entre D. Nemesio y Dña. Sagrario y se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Alberto, en nombre y representación de D. Nemesio.

El Juzgado aprueba como medidas definitivas que la patria potestad será compartida, pero la guarda y custodia la mantendrá el padre. Se fija en esta sentencia de primera instancia un régimen de visitas a favor de la madre con carácter progresivo, y se establece además el seguimiento por distintos organismos del cumplimiento y la evolución de las medidas fijadas en la sentencia.

3. SOLUCIÓN DADA EN APELACIÓN

Dña. Isabel Bermúdez, en nombre y representación de Dña. Sagrario, recurre la sentencia de primera instancia. Este recurso de apelación fue resuelto por la Sección 31.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual, el día 7 de febrero de 2022, dicta sentencia desestimando el recurso de apelación.

4. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Doña Isabel interpone recurso extraordinario por infracción procesal y se formula por los siguientes motivos:

- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de derechos a un proceso con todas las garantías por infracción de los principios de inmediación y contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo indefensión.
- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva con infracción del artículo 10.2 de la LOPJ del artículo 40 de la LEC.
- Al amparo del artículo 469.4 de la LEC: Por la vulneración de derechos a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia.

Doña Isabel interpone recurso de casación y se formula por los siguientes motivos:

- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 92.7 de la LO 8/2021, de 4 de junio, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.

- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 94 de la LO 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad, por inaplicación o aplicación incorrecta de dicho precepto.
- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia la infracción del artículo 92.6 en relación con el artículo 770 de la LEC, artículo 11 de la LO 8/2021, de 4 de junio, y el artículo 12.2 de la Convención Sobre los Derechos del Niño respecto al derecho a los menores a ser oídos y escuchados.
- Al amparo del artículo 477 de la LEC se denuncia infracción del artículo 92.5 6, 7, 9 del Código Civil respecto a que las decisiones judiciales que afecten a los menores deben ser tomadas respetando el interés superior de los mismos.

5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

5.1. Fallo de casación

El TS desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y desestima en parte el recurso de casación.

El Ministerio Fiscal consideró conveniente, durante el transcurso del juicio a raíz del cual se dicta la presente sentencia, que se oyese a las partes acerca de la persona que considerarían más idónea para ostentar, provisionalmente, la custodia de la menor, en caso de que fuera preciso adoptar dicha medida en protección de su interés superior.

Así, tras escuchar a las partes y escuchar a todas las personas potencialmente idóneas para el cuidado de la menor, el TS considera, como medida temporal, la atribución de la custodia de la hija menor de los litigantes a la tía paterna D.^a Adriana, la cual operará una vez que la madre y la niña sean localizadas y restituidas a la acción de la justicia, debiendo, entonces, el Juzgado determinar, en ejecución de sentencia, a la mayor brevedad posible, el sistema de comunicación con los progenitores, alimentos, gastos y medidas derivadas.

5.2. La atribución de la custodia temporal a la tía paterna del menor

El interés del menor en la determinación de su guarda jurídica es la piedra angular que construye la decisión. La excepcionalidad viene determinada cuando es, precisamente, dicho superior interés del menor el que manda en el razonamiento judicial que la custodia se atribuya a un familiar y se descarte al propio padre del menor, sin que a éste se le haya reprochado causa o comportamiento que conlleve la pérdida de la patria potestad.

En los procesos matrimoniales existe la posibilidad [separación, divorcio o nulidad] de que a la hora de adoptar medidas provisionales [103 CC] pueda atribuirse, como medida transitoria, temporal, provisional y excepcional, la guardia y custodia de los hijos menores a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren. De no haberlos, se podrá atribuir a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

La jurisprudencia había abordado previamente situaciones familiares complejas que justificaban la excepcionalidad de la decisión, como fue el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 47/2015, de 13 de febrero, por la cual se atribuye la guardia y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (concretamente se atribuye, al igual que en la sentencia aquí analizada, a la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y el crecimiento del niño, cuya madre asesinó a su padre.

Lo que debe primar, se manifestó, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas.

6. CONCLUSIÓN

Con todo, tal y como queda dispuesto en la presente sentencia, el interés del menor es el principio rector fundamental en materia de guarda y custodia y, por ello, es necesario tener claro que cualquier medida que se adopte en estos procedimientos que afecte al menor debe constituirse siempre como la opción más beneficiosa para éste.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE) define el interés superior del menor como el «derecho de todo menor a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado». El denominado interés superior del menor aparece reflejado en el artículo 2 de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor.

En este contexto, es preciso tener en cuenta, también, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que ha introducido cambios de vital importancia que desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia.

Según el [Tribunal Supremo](#), «para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que *el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso*, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos».

La antes mencionada [Ley Orgánica 1/1996](#), de 15 de enero, de protección jurídica del menor, establece, en su art. 2, los criterios generales que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el interés superior del menor. Además, la misma

ley establece que los mencionados criterios deberán ponderarse teniendo en cuenta una serie de elementos generales.

Se trata, según del TS, de «una lista abierta que permite considerar cualquier elemento que sea relevante en cada ocasión y respecto del menor que se vaya a ver afectado por la medida».

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Lucía SÁNCHEZ GARCÍA
Investigador predoctoral en formación de la Universidad de Salamanca
Departamento de Derecho Privado
id00698454@usal.es

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

SOBRE EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN PARA DECIDIR LIBRE, INFORMADA Y CONSCIENTEMENTE EL MODO Y MOMENTO DE MORIR EN UN CONTEXTO EUTANÁSICO

El 22 de marzo de 2023 el Pleno del Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (STC 19/2023). Se está ante una sentencia importante teniendo en cuenta que es el máximo intérprete constitucional el que resuelve las dudas de constitucionalidad planteadas por el grupo parlamentario Vox en el Congreso frente a la ley referenciada. Una ley cuyo contenido no resulta anodino en la medida en que viene a reconocer, en su artículo 4, el llamado «derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir». Un derecho que tiene acomodo constitucional en la medida en que se encuentra en estrecha conexión con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como el derecho a la vida privada en el marco del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ahora bien, ¿en qué términos el Tribunal Constitucional ha resuelto las dudas de constitucionalidad planteadas? ¿Cuál es el alcance del control jurisdiccional de constitucionalidad vía recurso de inconstitucionalidad? ¿Qué elementos han resultado nucleares para el reconocimiento constitucional del llamado «derecho de autodeterminación» para decidir libre, informada y conscientemente el modo y momento de morir en situaciones médicamente contrastadas de enfermedades terminales o gravemente incapacitantes?

El Tribunal Constitucional, en un ejercicio de sistematización a la hora de proceder al análisis de las cuestiones jurídicas más conflictivas planteadas con trascendencia constitucional, distingue dos bloques en el recurso planteado. A saber:

- a) Impugnaciones por motivos formales (alegación de vicios en el procedimiento legislativo);
- b) Impugnaciones por vicios de inconstitucionalidad de carácter sustantivo.

Con respecto a las cuestiones formales el máximo intérprete constitucional señala que no hay vicio de inconstitucionalidad desde el punto de vista formal, ya que el proceso de elaboración y aprobación parlamentarias de la norma vía proposición de ley tiene encaje constitucional. Por tanto, el Tribunal Constitucional rechaza las alegaciones que se hacen por parte de los recurrentes en lo que atañe a la falta de los informes del Consejo General del Poder Judicial, Comité de Bioética, etc., previstos para la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley (véase, en el caso del CGPJ,

el art. 561.1 LOPJ), pero no para la tramitación de proposiciones de ley en donde la iniciativa legislativa la tienen los grupos parlamentarios (art. 87 CE). Entiende el máximo intérprete constitucional que no ha habido vulneración de la Constitución y, por ende, vulneración del artículo 23 CE, en conexión con el artículo 2 del mismo cuerpo legal.

El Tribunal Constitucional considera inconsistentes las quejas sobre la tramitación parlamentaria. Es más, considera que los argumentos aducidos carecen de relieve jurídico constitucional. Precisa que «[...] la proposición de ley que está en el origen de la LORE no fue tramitada por el procedimiento de urgencia [...]». Reprocha a los recurrentes que la demanda no explicita de qué forma la vigencia del estado de alarma pudo producir un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en el procedimiento legislativo. Significa que se trata de «una denuncia absolutamente indeterminada» y recuerda que la carga de acreditar los vicios de inconstitucionalidad recae sobre los recurrentes. En la misma línea, considera irrelevantes, desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, las quejas sobre la falta de informes, como los ya citados, del Comité de Bioética y del Consejo General del Poder Judicial. Recuerda el máximo intérprete constitucional que «[...] las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno». Asimismo, el Tribunal Constitucional rechaza las dudas de constitucionalidad articuladas sobre el contenido del Preámbulo, volviendo a recordar que no puede ser objeto de control jurisdiccional de constitucionalidad el Preámbulo, puesto que carece de valor normativo alguno. Por tanto, queda fuera del objeto de control jurisdiccional de constitucionalidad vía recurso de inconstitucionalidad que se cierne sobre las disposiciones normativas con fuerza de ley.

Partiendo de las premisas anteriores, desde el punto de vista sustantivo el objeto del control jurisdiccional de constitucionalidad (esto es, el análisis de relevancia constitucional) se focaliza en dos aspectos. En primer lugar, si la Constitución permite o no al legislador regular como una actividad lícita la «eutanasia activa y directa» cuando concurren los presupuestos de voluntad, libertad, información, etc., junto al de sufrimiento extremo. En segundo lugar, si el legislador puede configurar la «prestación de ayuda para morir» como un derecho público subjetivo de naturaleza prestacional.

En lo que atañe a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional recuerda cuál es su propia función, así como los límites de la jurisdicción constitucional frente al legislador. Reseña que el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cobertura constitucional a diferentes «opciones políticas» y de «muy diferente signo», siempre que no contradigan la Constitución. Precisa —como ya hiciera en sentencias previas (STC 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3)— que «el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta le ofrece». A mayor abundamiento señala que «la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto». Por tanto, «un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo», propio de un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político (art. 1.1 CE).

Con base en las anteriores premisas, el máximo intérprete constitucional significa que «[...] en el juicio a la ley, este tribunal no ha de hacer las veces de legislador [...] constrictiendo su libertad de disposición allá donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca». Por contra, concreta que su propia función —en el juicio de constitucionalidad— consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas, preferencias ideológicas y juicios de oportunidad. Por tanto, la labor del Tribunal Constitucional se focaliza, en el caso objeto de análisis, en analizar si la concreta opción de regular la eutanasia por parte del legislador respeta los límites constitucionales.

Con respecto a la segunda cuestión, el Tribunal Constitucional recurre a dos criterios hermenéuticos útiles para el análisis constitucional. Por un lado, la relevancia del contexto histórico recordando que la Constitución es un árbol vivo que a través de la interpretación evolutiva (histórico-sociológica) se acomoda a la realidad de la vida actual como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. Por otro lado, la relevancia de la interpretación conforme a la Constitución teniendo en cuenta el juego conjunto de derechos, principios y valores constitucionales en el marco del principio de unidad.

Sobre la interpretación evolutiva y contextual para el aval constitucional de nuevos derechos resultan relevantes las siguientes líneas (FJ 4):

El derecho de prestación de ayuda para morir configurado por el legislador para personas que lo demanden en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad [...]. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

Específicamente, en lo que atañe al juicio de constitucionalidad sobre nuevos derechos (FJ 4), el máximo intérprete constitucional significa:

En el juicio de constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.

Con estos presupuestos de base, el máximo intérprete constitucional colige que la Constitución sí ampara al legislador para regular como actividad lícita la eutanasia activa directa, esto es, la «prestación de ayuda para morir», así como la propia articulación normativa de la prestación, erigiéndose en derecho público subjetivo de carácter prescricional. Eso sí, el propio Tribunal Constitucional significa que no se trata de una carta

en blanco y que, en todo caso, se deberán respetar los límites y garantías específicos que la propia norma concreta en su articulado.

Específicamente, la norma exige que la solicitud de prestación de ayuda para morir se produzca en un «contexto eutanásico» médicamente controlado. Esto es, en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad grave e incurable que la persona experimenta como inaceptable. O bien, en el contexto de un padecimiento grave, crónico e imposibilitante. De ahí que se articulen una serie de exigencias (requisitos) tanto para recibir la prestación (art. 5¹ LORE) como para la solicitud de la misma (art. 6 LORE), a saber: petición informada, expresa, por escrito y voluntaria, así como reiterada en el tiempo. Se trata de garantizar que la persona que solicita la prestación de ayuda para morir lo hace de forma libre y voluntaria y tiene conocimiento sobre el proceso médico. Esto es, que la información ha sido recibida y entendida.

El Tribunal Constitucional hace alusión a la evolución legislativa de los últimos años sobre la materia que se ha visto acompañada por un notable desarrollo —por parte de la doctrina constitucional— en relación con el derecho a la integridad física y moral, habiendo sido caracterizado como un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Desde esta óptica analiza la «prestación de ayuda para morir» como un derecho público subjetivo, de naturaleza prestacional en la medida que para su «reconocimiento» se requiere de una «decisión» o «resolución» administrativa competente que permita verificar si «concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho».

Resalta el Tribunal Constitucional (FJ 5) que el derecho constitucional a la vida trasciende a la propia persona y es inmune a sus decisiones libres y conscientes, de tal forma que hagan irrelevante su propia autodeterminación en contextos eutanásicos. Es más, el Tribunal Constitucional en su análisis no ve diferencia alguna en la facultad de autodeterminación de un paciente que rechaza un determinado tratamiento

1. Véase la dicción literal del artículo 5.1 de la LORE: «1. Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos: a) Tener nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y estar capaz y consciente en el momento de la solicitud; b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera de conformidad a la normativa de atención a la dependencia; c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna prestación externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas [...]; d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificado por el médico responsable; e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente [...]».

o solicita la retirada del soporte vital (eutanasia activa indirecta), de la solicitud de la prestación de ayuda para morir en los términos articulados normativamente (eutanasia activa directa).

Llegados a este punto, procede referenciar los elementos que resultan claves para poder hablar del llamado «derecho de autodeterminación» para decidir de manera libre, informada y consciente el modo y momento de morir en situaciones médicamente contrastadas de enfermedades terminales o gravemente incapacitantes. En este punto, la consulta al FJ 5, apartado d) de la sentencia objeto de comentario lo deja claro, a saber:

1. El sustento constitucional del llamado «derecho de autodeterminación de la persona» para decidir libre e informadamente el modo y momento de morir emana del reconocimiento constitucional de los derechos a la integridad física y moral reconocidos en el artículo 15 de la CE.
2. El bien jurídico a proteger es la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), en conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (10.1 CE).
3. Su objeto y finalidad es el amparo y tutela de quien de manera libre, informada y responsable rechaza someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios (SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6; entre otras), a pesar de que dicha decisión adoptada en uso de la autonomía de la voluntad de la persona «pudiera conducir a un resultado fatal».
4. La información médica se erige en garantía normativa específica en el momento de prestar el consentimiento de forma libre, porque solo si el paciente cuenta con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas a adoptar se podrá prestar libremente el consentimiento.
5. Desde estos postulados, el consentimiento y la información se erigen en derechos autónomos de configuración legal intrínsecamente vinculados con el reconocimiento constitucional de la autodeterminación en contextos eutanásicos.
6. A nivel internacional, el derecho de autodeterminación del paciente encuentra protección y cobertura en la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. Repárese en los términos en los que se ha reconocido el derecho de autodeterminación respecto de tratamientos médicos como integrante del derecho al respecto de la vida privada (art. 8 CEDH).
7. A su vez, el «derecho de autodeterminación» respecto a la propia muerte en contextos eutanásicos incluye el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros (profesionales sanitarios) que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal.
8. Derivado del párrafo anterior, surgen obligaciones y deberes para con el Estado respecto del derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte. De ahí la relevancia de acotar normativamente el derecho a la objeción de conciencia sanitaria (y su ejercicio) como un derecho individual de los profesionales sanitarios

a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en la ley que resulten incompatibles con las convicciones propias. Se trata de hacer compatibles ambos derechos para evitar que el ejercicio de uno dificulte o imposibilite la materialización del otro.

9. El deber constitucional de protección del derecho fundamental a la vida frente a agresiones de terceros se concreta — en palabras del Tribunal Constitucional— en «garantizar que la decisión de poner fin a la propia vida en contextos de sufrimiento extremo se adopta y se lleva a término de conformidad con la voluntad libre y consciente de una persona capaz».

Lo sucintamente analizado permite delimitar — desde el punto de vista constitucional— el «derecho a la autodeterminación personal a decidir sobre la propia muerte en un contexto eutanásico» en los siguientes términos:

1. Se trata de un derecho público subjetivo.
2. Se trata de un derecho de configuración legal, con un fuerte sustento constitucional.
3. Se trata de un derecho de carácter prestacional, lo que determina que surjan obligaciones y responsabilidades frente a terceros, así como deberes constitucionales respecto del Estado.

Sin perjuicio de lo sucintamente expuesto, para finalizar, conviene reseñar que la sentencia aprobada mayoritariamente por el Pleno del Tribunal Constitucional no se ha adoptado por unanimidad, siendo relevante, desde el punto de vista jurídico-constitucional (a efectos doctrinales), el contenido de los tres votos particulares: uno concurrente y dos discrepantes, cuyo estudio y análisis jurídico se tornan imprescindibles en futuros artículos doctrinales.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Sentencia del tribunal constitucional 19/2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057/2021 contra la ley orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

EUTANASIA Y ACTO MÉDICO. PERSPECTIVA DESDE LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional (TC) desestima el recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra los siguientes preceptos: arts. 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 4.1; 5, apartados 1 c) y 2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta).

En otras, se centra en tres cuestiones: el carácter absoluto de los derechos fundamentales, la relevancia constitucional de los cánones de interpretación de los derechos recogidos en textos internacionales y comunitarios y la importancia de los valores de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

2. SOBRE EL CARÁCTER ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Sentencia del Tribunal (STC) reconoce «la prestación de ayuda para morir» como un derecho subjetivo de naturaleza prestacional¹ frente a las administraciones públicas, lo que provoca dos consecuencias inmediatas: la primera, su inclusión en la cartera común de los servicios del Sistema Nacional de Salud²; y la segunda, como advierte RUIZ-RICO RUIZ, que «pueden colisionar la autonomía y derechos fundamentales del paciente con los deberes médicos y deontológicos de los profesionales sanitarios»³. Así, derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral han de ponderarse

1. Véase STC 16/2023, de 22 de marzo, en su Fundamento Jurídico 6º «Impugnación del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos sustantivos», apartado b) «delimitación de las cuestiones planteadas y consideraciones previas».

2. *Ibidem*, Fundamento Jurídico 5º «Objeto y contenido de la Ley Orgánica 3/2021».

3. RUIZ-RICO RUIZ, C.: «El derecho fundamental a eutanasia y su problemática constitucional en España», *Revista de Bioética y Derecho*, nº. 58, 2023, pág. 157.

necesariamente bajo un pretexto de «protección de la existencia física de la persona», esto es, ha de analizarse si para los poderes públicos conlleva intrínsecos deberes negativos de abstención y positivos de protección. Se concluye que ni se puede imponer al Estado un deber que implique un paradójico deber de vivir ni impedir la facultad de la persona de decidir sobre su propia muerte [en orden a la Sentencia de 2015 del Tribunal Supremo de Canadá en el *asunto Carter v. Canadá (Attorney General)*].

Lo anterior va necesariamente unido a la idea de que el propio Pleno basa sus argumentaciones en una interpretación de la Carta Magna atendiendo a su contexto histórico, cultural, moral y jurídico⁴ y, en gran parte, *via art. 10.2 CE* en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —que será objeto de análisis en la segunda cuestión—. Entonces y al reconocer como derecho subjetivo individual —que no *fundamental*— el *ahora llamado* derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, el citado artículo 15 CE se configura como no «absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida»⁵.

Pues bien, el legislador —«bajo el ajuste constitucional de esas actualizaciones» por el TC— puede regular la eutanasia, de hecho encuentra su fundamento en otros derechos o bienes constitucionales que están en juego, como la dignidad, la integridad corporal (con el consiguiente posible rechazo de tratamientos clínicos) o el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (arts. 10.1 y 15 CE). Es más, siguiendo las Sentencias del Tribunal Supremo de Canadá de 1930 que resuelve el asunto *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* y la «retomada» de 9 de diciembre de 2004, nuestra Carta Magna se plantea metafóricamente como un «*árbol vivo*», esto es, «a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9)». Interesante el análisis de PRESNO LINERA⁶.

Por último, añadir que se emiten tres votos particulares: uno concurrente, de la magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón; y dos discrepantes, los del magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada Dña. Concepción Espejel Jorquera. Respecto del primero, la magistrada mantiene en su pronunciamiento, siguiendo las líneas de FOUCAULT, que, se plantea el reconocimiento —lo describe ATIENZA RODRÍGUEZ⁷

4. Véase F.J. 4º. STC, apartado 4º «Contexto normativo y jurisprudencial de la Ley Orgánica 3/2021».

5. *Ibidem*, *op. cit.* F.J. 4º. STC, apartado 4º...

6. PRENO LINERA, M.A.: «El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada», *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº. 19, 2013 (Ejemplar dedicado a: Primavera árabe, Unión Europea y contexto global), ISSN 1697-7890, págs. 406-407.

7. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Introducción al Derecho*, Barcelona, editorial Barcanova, 1985, apartado «¿Qué significa 'derecho subjetivo'?', págs. 168-170.

como derecho subjetivo *en sentido* estricto, y HOHFELD⁸ como «derecho (subjetivo) y deberes» — «como una nueva faceta del derecho a la vida como elemento indisociable de la dignidad humana», pero también con el deber (positivo) de «proteger tanto a la persona que decida acabar con su vida voluntaria y autónomamente». Con la postura frontalmente contraria, los otros dos votos discrepantes afean ese reconocimiento tácito del derecho «fundamental» a la eutanasia, ya que «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho». Mantienen, así, la tesis absolutizadora del derecho a la vida y a la integridad física y moral.

3. SOBRE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL CANON INTERPRETATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS RECOGIDOS EN TEXTOS INTERNACIONALES

Prima facie el Pleno del órgano constitucional afirma que el derecho de prestación de ayuda para morir configurado por el legislador debe atenderse a su contexto histórico, cultural, moral y jurídico⁹ y a todos los principios y derechos que enuncia su texto y, en gran parte, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰ (TEDH). Siendo consciente de que la CE «no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir»¹¹, alude necesariamente a la doctrina del TEDH —y a la propia del TC, que no es objeto aquí de análisis—, entre otras a las Sentencias de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, de 5 de junio de 2015 (Gran Sala), asunto *Lambert y otros c. Francia*, y de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*.

Junto a ello, y al igual que lo hace el Abogado del Estado, «el encuadramiento constitucional de la decisión libre y consciente de una persona de no seguir viviendo como una manifestación de libertad resulta no prohibida por nuestro ordenamiento jurídico interno», al tiempo que ha de ser interpretado con arreglo al art. 10.2 CE; en suma, «ello determina, por una parte, que para nuestro enjuiciamiento proceda recurrir como parámetro interpretativo especialmente cualificado (art. 10.2 CE) a la doctrina del

8. HOHFELD, W.N.: *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, traducido por R. CARRIÓ, G., Centro Editor de América Latina, ISBN: 968-476-127-9, Distribuciones Fontamara, 1992, Buenos Aires – Argentina. Recurso disponible: <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/02/1061.-Conceptos-juridicos-%E2%80%A6-Hohfeld.pdf> [Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].

9. *Ibidem*, *op. cit.* F.J. 4º. STC, apartado 4º...

10. Sirven de ejemplo las Sentencias de 5 de junio de 2015 (Gran Sala), asunto *Lambert y otros c. Francia*, y de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*.

11. *Ibidem*, *op. cit.* F.J. 4º. STC, apartado 4º...

Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, que ha quedado sintetizada en lo esencial en el fundamento jurídico 4 de esta sentencia».

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 materializó las bases político-jurídicas de la Revolución Francesa, estableciéndose la igualdad, la libertad y la fraternidad como principios fundamentales, al tiempo que sentó precedente en la elaboración de lo que hoy es nuestro Constitucionalismo español. Lo cierto es que, tras una «progresiva recepción en textos o documentos normativos (denominados genéricamente cartas o Declaraciones de derechos) del conjunto de deberes, facultades y libertades determinantes de las distintas situaciones personales»¹², la positivación de los derechos humanos ocasionó que éstos, «refiriéndose a valores básicos», terminasen por declararse en los diferentes textos internacionales¹³. Entonces, la interrelación entre nuestro Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha supuesto, como indica acertadamente RISSO FERRAND¹⁴, que se incluyan ciertos «cánones» o «normas de interpretación», o, como lo hace ARZOZ SANTISTEBAN¹⁵, «por un lado, la actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales constitucionales; por otro, la coordinación de una interpretación [...] de los derechos fundamentales con el estándar internacional de protección de los derechos humanos».

Todo ello nos da la idea de que nuestra Constitución, como «norma suprema del ordenamiento jurídico»¹⁶ y teniendo cómo único «intérprete supremo»¹⁷ al TC, incluye principios generales de carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —vía STC nº 9/1981—, demuestra en su artículo 10.1 la doble naturaleza de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva y objetiva), aborda necesariamente el principio de proporcionalidad (entre otras, véanse SSTEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappel*; de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz*; y de 25 de febrero de 1983, asunto *Funke*) e inserta el referido «canon interpretativo» en su artículo 10.2 (recomendable la lectura de las SSTC 78/1982 y 34/1983). La relevancia constitucional radica en que, como apunta PÉREZ LUÑO, existe «unidad de sentido» y ayuda en la configuración del «contenido esencial» de los derechos fundamentales. Así las cosas, nuestro orden

12. PÉREZ LUÑO, E.: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004 (3ª edición), págs. 29-39.

13. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005 (2.ª ed.), págs. 13-54.

14. RISSO FERRAND, M.: «Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, ISSN 1138-4824, Madrid, 2012, pág. 317.

15. ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, mayo-agosto (2005), ISSN: 0211-5743, pág. 64.

16. Artículo 1 de la CE.

17. Artículo 1 de la Ley Orgánica 27/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

axiológico constitucional, apoyado en el valor esencial del pluralismo político que recoge el art. 1.1 CE, comprende una estructura flexible, abierta y moderna, gracias, en parte, a las garantías que se recogen en su artículo 53.

Por último y en atención a los tres votos particulares, en primer lugar el voto concurrente, dentro del planteamiento de que «hubiera sido necesario concretar el contenido del principio del que es posible derivar obligaciones positivas del Estado, de contenido asistencial o prestacional, así como la prohibición de introducir límites desproporcionados a la plena efectividad del principio» alude con necesidad al hecho de eliminar la «contravención del propio art. 15 CE, y de los arts. 2 y 3 CEDH, por cuanto puede ser entendida como un trato degradante o un padecimiento inhumano».

Por su parte, el magistrado D. Enrique Arnaldo puntualiza —atendiendo a los pronunciamientos del TEDH en las Sentencias de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, de 5 de junio de 2015 (Gran Sala) y de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*— que el derecho a la vida que recoge el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en ningún caso recoge el pretendido derecho a morir al tiempo que, añade, «tampoco puede interpretarse como una prohibición en sí misma de la despenalización condicional de la eutanasia». Matiza que, *de lege ferenda*, sería conveniente diseñar un instrumento legal *ad hoc* que proporcionase mayor seguridad jurídica. Finalmente, la magistrada Dña. Concepción Espejel arremete duramente contra el planteamiento del Pleno, dado que considera, en primer término, que no se hace mención alguna en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas ni en el CEDH; y, seguidamente, que «no existe en nuestra Constitución un derecho fundamental equiparable en su totalidad a la diversidad de derechos comprendidos en el artículo 8 del Convenio».

4. SOBRE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Lo cierto es que el artículo 10.1 de nuestra norma suprema se erige como pieza clave en el pronunciamiento de la Sentencia —postura del Pleno—, ya que «en un contexto eutanásico como el delimitado por la ley orgánica impugnada se produce una grave situación de tensión que tiene como polos la libertad y la dignidad de la persona y su vida»¹⁸, por ello «la decisión de una persona de poner fin a su vida forma parte de su capacidad de autodeterminación y cualquier actuación que la desconozca supondría ignorar la dignidad del sujeto»¹⁹. Añade el Abogado del Estado que se «puede regular la eutanasia, de hecho encuentra su fundamento en otros derechos o

18. *Ibidem*, *op. cit.* F.J. 6º. STC, apartado 6º «Impugnaciones del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos sustantivos».

19. *Ibidem*, *op. cit.* Antecedente primero de la STC, apartado h.

bienes constitucionales que están en juego, como la dignidad, la integridad corporal (con el consiguiente posible rechazo de tratamientos clínicos) o el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (arts. 10.1 y 15 CE)» y que «la LORE sirve a que dichos bienes y derechos, empezando por la dignidad y la libre autodeterminación, puedan desarrollarse plenamente de acuerdo con la voluntad de su titular».

Interesante es el enfoque que LOMAS HERNÁNDEZ²⁰ y el propio Pleno del Tribunal realizan a este respecto, teniendo como eje principal la STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier c. Bélgica*. El TC interpreta el texto constitucional en su conjunto y, en concreto, con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Por ende, incluye la eutanasia bajo el prisma de la libertad individual y en la capacidad de éste para la adopción y puesta en práctica de sus decisiones personales cuya caracterización es privada e íntima. Es más, «hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria». Así, derecho a la vida y derecho a la integridad física y moral deben «cohonestarse con esos otros bienes y derechos constitucionales de la persona [...]». Como era de esperar, se intenta evitar transformar un derecho de protección frente a las conductas de terceros (con el reflejo de la obligación de tutela de los poderes públicos) en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto, y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional.

Sin embargo y profundizando en la materia, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ²¹ especifica que «la dignidad de la persona [...] no constituye un derecho fundamental», esto es, «la dignidad de la persona, a la que son inherentes unos indeterminados *derechos inviolables*, no parece incorporar por sí misma un derecho fundamental; tampoco existe un derecho fundamental al *libre desarrollo de la personalidad*». Al mismo tiempo, WINTRICH *excava* en el concepto de «dignidad» y señala que ésta consiste en que la persona «como ente ético-espiritual puede por su propia naturaleza, consciente y libremente autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea»²²; al tiempo que NOGUEIRA ALCALÁ concluye que «se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que

20. LOMAS HERNÁNDEZ, V.: «Claves de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo, sobre la Ley de eutanasia, Diario La Ley, Nº 10355, ISSN 1989-6913, 2023.

21. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, págs. 73 y ss.

22. WINTRICH, V.: «Zur Problematik der Grundrechte» (1957), citado por Fernández Segado, F.: «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos», en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, pág. 205.

dicha dignidad se realice de mejor forma»²³. Con ello, el Pleno del Tribunal plantea, de forma acertada, la dignidad humana como valor central, en tanto en cuanto: a) emana tácitamente de los valores esenciales que promulga nuestro ordenamiento jurídico —justicia, igualdad y libertad—; y b) determina la intrínseca existencia y legitimidad de los derechos fundamentales.

Por otro lado, los tres votos particulares introducen connotaciones relevantes. El primero, el de la magistrada Dña. María Luisa Balaguer discrepa con el Pleno del Tribunal, en el sentido de que se «debería haber optado por centrar el debate no tanto en torno al contenido y alcance del art. 15 CE, o a la cuestión de si ese precepto contiene o no un derecho fundamental a la muerte digna, sino en relación con el contenido que debe atribuirse, en el momento constitucional presente, a la noción de dignidad humana que contempla el art. 10.1 CE». En otras palabras, considera que se ha perdido una ocasión única para sentar la construcción dogmática del derecho a una muerte digna, pues no cabe duda: a) de la capacidad de una persona adulta, libre, consciente y suficientemente informada para poner fin a su proceso vital; y b) «de la proclamación de la dignidad de la persona como fundamento del orden político en el que se enmarca el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos de la persona».

Finalmente, los dos votos discrepantes, los del magistrado Arnaldo Alcubilla y la magistrada Espejel Jorquera, reafirman el reconocimiento *ex novo* del derecho fundamental a la eutanasia, aunque en dos sentidos diferenciados: el primero, acentuando los problemas jurídico-éticos que conllevará que los poderes públicos tengan que hacer efectivo ese derecho —ya declarado *fundamental*— de carácter prestacional mediante un «deber de contribución»; y el segundo, considerando como error «ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado» pues «propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad».

5. EUTANASIA Y ACTO MÉDICO. GARANTÍAS JURÍDICO-MÉDICAS

Las impugnaciones de carácter general objeto de análisis en la Sentencia se sustentan principalmente en dos: formal, en cuanto afecta al procedimiento de elaboración y aprobación parlamentaria de la ley; y, material (siendo objeto de análisis en la pregunta 3), en cuanto los recurrentes advierten que el derecho fundamental a la vida tiene naturaleza absoluta, es indisponible y el Estado debe protegerlo incluso contra la voluntad de su titular. Entonces, el órgano constitucional se separa de la idea desplegada por los recurrentes, sosteniendo éstos el carácter absoluto —sin excepciones— del

23. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: «Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad», *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, N.º. 5, 2010 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), ISSN-e 2393-6193, págs. 79-81.

derecho a la vida y la innecesidad de cualquier examen de proporcionalidad, en el siguiente sentido: «el derecho a la vida [...] no cede frente a ningún otro bien o derecho constitucional [...]» y «el carácter absoluto del derecho fundamental a la vida determina la improcedencia de todo examen de proporcionalidad»²⁴.

En cualquier caso, los recurrentes invocan con insistencia el ataque frontal de, entre otros, los artículos 24 —derecho a la tutela judicial efectiva—, 53.2 y 106 —legalidad de la actuación administrativa— de la CE. Y, en este sentido, cabe destacar lo advertido por la magistrada Dña. María Luisa Balaguer, en su voto particular concurrente: «supone reconocerle las garantías propias de los derechos fundamentales frente a la actuación de los poderes públicos (art. 53.2 CE); por tanto, una garantía reforzada de tutela jurisdiccional a través del procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos y libertades fundamentales, siendo, pues, objeto de un procedimiento preferente y sumario, en las condiciones previstas en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, artículos 114 y siguientes. Además, en caso de que la garantía judicial ordinaria no tutele adecuadamente los derechos de la persona afectada podría llegarse incluso en amparo ante este tribunal».

En el caso que nos ocupa, es evidente que *eleva* el derecho a la eutanasia como faceta del derecho a la vida significará las garantías normativas —inherentes a los derechos de máxima protección (arts. 15-29 y 30.2 CE), tales como la reserva material de ley, la reserva de suprallegalidad, la rigidez constitucional mediante el procedimiento agravado de reforma de la Constitución, la eficacia jurídica de los derechos fundamentales y la vinculación de los poderes públicos—; las institucionales —Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal—; y las jurisdiccionales —amparos ordinario y constitucional—.

Sin embargo, esta cuestión ya fue advertida por REY MARTÍNEZ²⁵: «también deduzco las garantías de procedimiento que una eventual despenalización de la eutanasia en nuestro ordenamiento debiera contemplar (entre ellas, que se trate de mayores de 18 años competentes y residentes en España, doble consulta médica, participación de un psiquiatra o psicólogo para valorar una eventual depresión o un síndrome de desmoralización, petición escrita, con testigos, tiempos de espera entre la petición y la administración del barbitúrico, deberes de documentación y control —ex post, pero también ex ante para la hipótesis de enfermedades no terminales pero que causen sufrimientos insoportables»).

Pues bien, el TC analiza este régimen de garantías y controles y lo sitúa en favor del «estándar constitucional de protección de la vida frente a injerencias de terceros, porque garantiza suficientemente que la ayuda para morir regulada en la ley se preste únicamente a quien, encontrándose en una situación de sufrimiento extremo y siendo un sujeto capaz, así lo solicite con plena libertad y consciencia». El camino, no negaremos, es arduo. Se exige —esquemáticamente— que (véase F.J. 6º STC):

24. Véase F.J. 1ª de la STC, apartado 1º «Objeto del recurso de inconstitucionalidad».

25. REY MARTÍNEZ, F.: *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ISBN 978-84-259-1410-2, 2008.

- Concurrirán dos presupuestos materiales: la primera, una decisión «libre, voluntaria y consciente» del paciente; y la segunda, un «contexto eutanásico suficientemente acotado y restringido a situaciones de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables»;
- «una intervención estatal obligatoria en el proceso previo de toma de decisión del paciente (a través de la información y el asesoramiento neutrales, la exigencia de varias solicitudes y de varios periodos de reflexión, y la intervención en el procedimiento de distintos profesionales médicos independientes entre sí y de un órgano colegiado de composición multidisciplinar), así como en su puesta en práctica»;
- «un control administrativo obligatorio y *ex post* compatible con los controles que pudieran sustanciarse en vía judicial»;
- y «la previsión de que el incumplimiento de las garantías previstas en la propia Ley dará lugar a las responsabilidades civil, penal, administrativa, y estatutaria o profesional que correspondan, manteniéndose para tales casos la penalización de la eutanasia».

Por ello, el Tribunal evita supuestos de mala praxis —la llamada «pendiente resbaladiza» o «*slippery slope argument*»—, descarta las enfermedades psicológicas, psiquiátricas y depresivas, avanza hacia el «*retrospective overruling*» y define con acierto el único presupuesto material necesario para aplicar al «contexto eutanásico». Además, establece un procedimiento o «control administrativo», al que le sigue la actuación colegiada de sanitarios y que finaliza con el necesario control judicial.

José SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Abogado y Graduado en Derecho por la Universidad de Salamanca
Asesor de la Presidencia del Consejo Consultivo de Castilla y León
Plaza de la Catedral, nº. 5 Zamora (España)

Jose.sanchez@cccyl.es

Cristina Nicole ALMEIDA AYERVE

Licenciada en Medicina por la Universidad Central del Ecuador
Médico residente especialista en Otorrinolaringología en el Complejo Asistencial Universitario
de Salamanca

Plaza de la Catedral, nº. 5 Zamora (España)

crisalay29@hotmail.com

**Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo.
Recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de la Ley
Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de
interrupción voluntaria del embarazo**

**SOBRE EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS MUJERES
EN EL ÁMBITO SEXUAL Y REPRODUCTIVO**

El 12 de junio de 2023 el *Boletín Oficial del Estado* español publicaba la [Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo](#), a través de la cual el máximo intérprete constitucional resolvía el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010 interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la [Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo](#). El máximo intérprete constitucional avalaba, después de 13 años, la constitucionalidad de los preceptos de la Ley orgánica de 2010 cuestionados. De ahí su relevancia para las mujeres.

El Tribunal Constitucional deja claro que el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), amparan «el reconocimiento a la mujer de un ámbito de libertad razonable en que poder adoptar, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación, asumiendo las consecuencias derivadas de una u otra decisión de forma consciente y meditada».

Se está, sin ninguna duda, ante un pronunciamiento clave desde el punto del reconocimiento constitucional de la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Máxime en un momento como el actual en donde es el propio concepto «mujer» en conexión directa con su realidad corpórea y sociosexual el que es objeto de discusión en determinados foros. A mayor abundamiento, repárese en la [relevancia jurídica del sexo](#) (Torres, 2021) en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y derechos reproductivos. De ahí, la importancia del pronunciamiento del máximo intérprete constitucional.

Ahora bien, ¿en qué términos ha avalado el Tribunal Constitucional la interrupción voluntaria del embarazo? Veámoslo a continuación:

1. El máximo intérprete constitucional hace referencia al alcance del control jurisdiccional de constitucionalidad señalando que la Constitución española no es un programa cerrado, sino un texto abierto, «un marco de coincidencia suficientemente amplio como para que dentro quepan opciones políticas de muy diferente signo».

En este contexto, la función del Tribunal Constitucional ([STC 4/1985](#), FJ 3) a la hora de resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado en tanto que control abstracto y reparador-sancionador, se concreta en «fijar los límites dentro de los cuales puede el legislador convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad».

2. Extrapolando estas consideraciones al control de constitucionalidad sobre la [Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo](#), dicho control se centra en determinar la compatibilidad con la Constitución española de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo a través de un sistema de plazos e indicaciones en los términos recogidos en la ley en cuestión.
3. El Tribunal Constitucional, como pauta interpretativa, apela al contexto histórico y a una interpretación evolutiva que permita acomodar las cuestiones jurídico-constitucionales planteadas a la realidad del momento. Y todo ello en aras de asegurar la propia relevancia de la doctrina constitucional, así como la legitimidad de la norma suprema. Junto a lo expuesto, también desde el punto de vista hermenéutico, el máximo intérprete constitucional insta a tener en cuenta la conexión existente entre el juicio (o los juicios) de constitucionalidad y la realidad social que espera respuestas ([STC 119/2001](#); [STC 59/2008](#); [STC 8/2022](#), entre otras). En este punto, alude a la propia doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), que también aboga por un enfoque dinámico y evolutivo a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.
4. Desde el punto de vista de las dudas de constitucionalidad planteadas, el Tribunal Constitucional significa, desde el principio, que el parámetro de constitucionalidad es la propia Constitución y su ley orgánica. Por tanto, excluye como parámetro constitucional de análisis la sentencia [STC 53/1985](#), al ser distinto el objeto y las dudas de constitucionalidad planteadas. Téngase en cuenta que la sentencia de 1985 se pronunciaba en el marco de un control preventivo de constitucionalidad.
5. El Tribunal Constitucional realiza un sucinto recorrido normativo sobre la materia, parejo con la propia posición social y jurídica de las mujeres en España. En este sentido, significa la prohibición rigurosa, bajo sanción penal, de toda interrupción voluntaria del embarazo en el Código Penal de 1973; alude a la despenalización parcial del aborto en la Ley Orgánica 9/1985, a través de la cual se reforma el artículo 417 bis del Código Penal, y llega a la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en la [Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo](#), reconociendo a las mujeres el derecho a una maternidad libre y responsablemente decidida. Es en este contexto normativo en donde se articulan las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo, regulándose fuera del ámbito penal. Finalmente, cabe citar la reciente [LO 1/2023, de 28 de febrero](#), que viene a consolidar el sistema de plazos y orientaciones de la ley de 2010.
6. El Tribunal Constitucional sustenta constitucionalmente el derecho a una maternidad libre y responsablemente decidida de las mujeres en la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 1.1 y art. 10.1 de la CE). Desde este

prisma, el máximo intérprete constitucional conceptúa y reconoce el llamado derecho a la autodeterminación de las mujeres respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. El aval constitucional que resulta *clave*, desde el punto de vista de la subjetividad jurídica y política de las mujeres, es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Una libertad que lleva de suyo «el reconocimiento [...] de la autonomía del individuo para elegir las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias».

7. Junto con la libertad, son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad los sustentos constitucionales más relevantes. En lo que atañe a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, es el propio Tribunal Constitucional el que viene a significar que no constituyen tan solo fundamentos abstractos del ordenamiento jurídico, sino que «integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional ([STC 150/1990](#))».
8. Desde el punto de vista de la relevancia jurídica del «sexo» vinculado con la realidad corpórea y sociosexual de las mujeres, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer como el embarazo, el parto y la maternidad condicionan el proyecto de vida de las mujeres. Desde este prisma, la decisión de continuar adelante con el embarazo enlaza de forma directa con la dignidad de las mujeres y su libre desarrollo de la personalidad, a la par que afecta a su libertad procreativa, condicionando su proyecto vital ([STC 215/1994](#), FJ 4). Téngase en cuenta (como hace el Tribunal Constitucional) que el embarazo es un proceso biológico de máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en la medida en que lleva de suyo importantes alteraciones morfológicas y fisiológicas. En la misma línea, el parto es —en palabras del TC— un evento fisiológico «complejo, naturalmente doloroso y arriesgado».
9. Desde el punto de vista de la conexión entre la interrupción voluntaria del embarazo y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), el máximo intérprete constitucional reconoce que el derecho a la integridad física y moral de la mujer se vería concernido por la decisión estatal de prohibir a las mujeres que interrumpieran un embarazo no deseado. Repárese que el derecho a la integridad personal protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino contra toda clase de intervenciones en bienes cuando se carezca del consentimiento de su titular.
10. Especial atención cabe prestar a la afectación del derecho a la integridad personal en el marco del reconocimiento de la autodeterminación individual. Y es que, como bien señala el Tribunal Constitucional, la autodeterminación corporal protege la esencia de la persona como «sujeto» con capacidad de decidir libre y voluntariamente. Por tanto, la integridad personal de las mujeres resultará vulnerada en caso de mediatización y/o instrumentalización, olvidando que las mujeres, en tanto que personas y sujetos de derechos, son un fin en sí mismo.

11. Lo expuesto permite colegir que es la decisión de la mujer sobre la interrupción voluntaria del embarazo la que ocupa un *lugar protagónico* en el reconocimiento del derecho a la integridad personal de las mujeres tanto desde el punto de vista de la integridad corporal como desde el punto de vista de la integridad psíquica y moral.
12. En lo que atañe a la vida prenatal, el Tribunal Constitucional significa que se erige en bien constitucionalmente protegido y, por tanto, como límite a los derechos de la mujer vinculado con la interrupción voluntaria del embarazo. De ahí la regulación normativa en la ley de 2010 mediante la combinación de un sistema de plazos y otro de indicaciones. Regulación que se acomoda al marco constitucional en atención a la ponderación de derechos, valores y principios constitucionales susceptibles de entrar en conflicto.
13. Junto a lo expuesto, procede referenciar sucintamente, [la constitucionalidad de la perspectiva de género como enfoque metodológico](#) (Torres Díaz, M. C. (2017). El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 10, 181-212). Un enfoque que no es contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), ni afecta a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), ni a la formación moral y religiosa, ni a la libertad de cátedra (art. 27.3 y 20.1 CE). El Tribunal Constitucional lo deja claro cuando apela al sustento internacional de la perspectiva de género como metodología de análisis. Precisa que fue en Beijing en el seno de Naciones Unidas (1995) cuando se defendió la incorporación de la perspectiva de género como enfoque metodológico para alcanzar los compromisos en materia de igualdad de mujeres y hombres. Precisa que fue en 1997 en el Comité Económico y Social de las Naciones Unidas en donde se definió dicha perspectiva como «una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres [...] sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que mujeres y hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad». En los mismos términos el Tribunal Constitucional apela al sustento normativo de la perspectiva de género que deriva de la normativa europea, así como de la normativa infraconstitucional ([Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres](#), entre otras).
14. El Tribunal Constitucional rechaza de plano que la perspectiva de género vulnere el principio de seguridad jurídica, así como reprocha las alusiones a un posible «adoctrinamiento». Incide que, en el ámbito de la educación sanitaria sexual y reproductiva, [constituye un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal](#) (Torres Díaz, M. C. (2023). ¿Cómo aplicar metodológicamente la perspectiva de género en el análisis y resolución de conflictos jurídicos? Comentarios a la Sentencia 318/2023, de 27 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, *Diario La Ley*, 10318) orientado a promover la igualdad de mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto

y promoción de los derechos humanos. Por tanto, rechaza que la perspectiva de género «comprometa la neutralidad ideológica del Estado».

15. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional se hace eco de la *doctrina del Tribunal Supremo* a la hora de [integrar la perspectiva de género como metodología de análisis jurídico](#) (Torres Díaz, M. C., (2021). *Derecho y Criminología: guías para una docencia universitaria con perspectiva de género*. Xarxa Vives d'Universitats). Desde este prisma, y reproduciendo palabras del Alto Tribunal, el constitucional significa que la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un principio de carácter transversal que debe primar en la actuación de todos los poderes públicos, desplegando una obligación específica para jueces/zas y tribunales, como poder del Estado, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Llegados a este punto, bienvenida la sentencia por la que el máximo intérprete constitucional avala la constitucionalidad de la ley de 2010, y bienvenido el reconocimiento constitucional del derecho de las mujeres a decidir de forma libre y responsable sobre su maternidad. No obstante, repárese que dicho reconocimiento constitucional (sin restarle importancia) no forma parte a día de hoy del [pacto de convivencia social](#) (Torres Díaz, M. C. (2019). Las mujeres como sujeto constituyente la crisis de los 40 ante la reforma constitucional, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 64, 160-185. De ahí los riesgos de involución siempre latentes cuando lo que está en juego es [la capacidad de decidir de las mujeres en el ámbito sexual y en el ámbito reproductivo](#) (Torres Díaz, M. C. (2014). Mujeres y derechos sexuales y reproductivos cuerpos y subjetividad desde la periferia constitucional. En M. León Alonso (comp.), M. Candelaria Sgró Ruata (comp.), *La reforma del aborto en España: perspectivas de un debate (re) emergente*. Córdoba [Argentina]: Católicas por el derecho a decidir). Repárese en el contenido y los argumentos de los votos particulares discrepantes. Y léase con especial atención el voto particular concurrente de la magistrada D.^a María Luisa Balaguer, cuyo análisis resulta obligado en aras de trazar las líneas directrices pro futuro. Repárese en los riesgos de involución siempre latentes para las mujeres cuando los derechos se articulan con base en la realidad corpórea y sociosexual de las mismas.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023

Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023

UNA JURISPRUDENCIA NUEVA SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El 30 de junio de 2010, un Tribunal Constitucional presidido por Maria Emilia Casas Baamonde admitió a trámite sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El primero (RI n.º 4523-2010) fue planteado por setenta y un diputados y diputadas del grupo parlamentario popular en el Congreso¹. El segundo (RI n.º 4541-2010) por el Gobierno de la Comunidad Foral Navarra². Los parlamentarios recurrentes en el primer caso planteaban dudas sobre el ajuste de la ley a los arts. 15 CE (derecho a la vida) y 16 CE (derecho a la libertad ideológica y religiosa), en lo que se refiere a la introducción del sistema de plazos para la interrupción del embarazo; el diseño de los requisitos y condiciones para llevarlo a cabo; y la inclusión de una cláusula de interpretación favorable a los derechos de la mujer y las reglas para el ejercicio de la objeción de conciencia. Se impugnó, asimismo, la introducción de la perspectiva de género en la formación de los profesionales de la salud y en los programas curriculares de ciencias de la salud.

Cinco legislaturas después, con dos modificaciones de la ley mediante (por las Leyes Orgánicas 11/2015, de 21 de septiembre, y 1/2023, de 28 de febrero, esta última sustancial) y cinco composiciones del Tribunal más tarde, se aprobó la sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023, desestimando el primero de los dos recursos de inconstitucionalidad³. Estos pocos datos justifican que la sentencia pueda ser calificada como excesiva e injustificadamente tardía.

1. Más concretamente contra los artículos 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), que forman parte del título I (con la rúbrica «De la salud sexual y reproductiva»); contra los arts. 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c); 17.2 y 5, y 19.2, que forman parte del título II (denominado «De la interrupción voluntaria del embarazo»), y contra la disposición final segunda, de modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La síntesis de la demanda se presenta en el FJ 1 de la sentencia.

2. El objeto específico de este segundo recurso es el párrafo segundo de la disposición final quinta, el artículo 14 en relación con el 17 y el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010.

3. Respecto del segundo recurso se declaró el desistimiento por auto 20/2019, de 26 de marzo de 2019. Antes de finalizar la IX legislatura, el Gobierno Foral, formado por Geroa Bai, EH Bildu, Podemos, I-E, desistió del recurso planteado en su momento.

Y la misma tardanza explica que el Tribunal formulase una sentencia larga y compleja, obviando la pérdida de objeto del recurso tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023. Las modificaciones introducidas por esta disposición hubieran debido limitar el pronunciamiento al examen de constitucionalidad de la garantía del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (art. 12 de la LO) y a las causales justificativas del aborto [art. 15 apartados a), b) y c) de la LO]. Sin embargo, apartándose del criterio jurisprudencial de que la modificación sustancial de la norma impugnada supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso⁴, la sentencia se pronuncia sobre la totalidad de las objeciones de constitucionalidad, con la clara intención de formular una teoría completa sobre la interrupción voluntaria del embarazo como ejercicio de un derecho individual. Este planteamiento ambicioso y omnicompreensivo también podría haberse desarrollado al resolver el recurso de inconstitucionalidad n.º 3630/2023, promovido por los integrantes del Grupo Parlamentario VOX contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/2023. Sin embargo, el Tribunal no quiso esperar, ni demorar más un pronunciamiento explicativo de la posición que ocupa la interrupción voluntaria del embarazo en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, se sacrificó la técnica frente a la pedagogía constitucional. Y ello solo se explica pensando en los trece años transcurridos desde la interposición del recurso.

Los primeros fundamentos jurídicos de la sentencia, concretamente el segundo y el tercero, exponen el criterio interpretativo empleado en la sentencia y la voluntad de cambiar el paradigma de análisis constitucional relativo a la interrupción voluntaria del embarazo. Pero, a mi juicio, ambos planteamientos merecen consideraciones críticas.

Por lo que hace al criterio interpretativo, la sentencia dice asumir el método de interpretación evolutiva al que se refirió, por primera vez, la STC 198/2012, de 6 de noviembre (sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo). Pero esa asunción resulta imprecisa. La interpretación en general, y la interpretación constitucional en particular, puede ser entendida como una actividad (un proceso) o como su resultado. La STC 198/2012 habla de la interpretación evolutiva como proceso y como método, mientras que la sentencia 44/2023 traslada la idea de interpretación evolutiva al resultado del proceso, es decir, al producto de la labor interpretativa. Si se lee con detalle la sentencia de 2012, esta pone de manifiesto que la interpretación evolutiva exige atender a los avances doctrinales, el derecho comparado, el derecho internacional de los derechos humanos y, obviamente, también a la realidad social jurídicamente relevante. Pero la relectura que formula la sentencia de 2023 se centra exclusivamente en el último de los elementos constitutivos del método, haciendo de la evolución social la clave para interpretar la Constitución. Y me parece que, en este supuesto, esa reducción resulta insuficiente. Precisamente en la cuestión relativa a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, los retrocesos recientes van a la par de los avances. En este caso, lamentablemente, ni el derecho comparado

4. STC 82/2020, de 15 de julio, FJ 2 b), con cita de otras.

ni el derecho internacional de los derechos humanos son pauta determinante de la interpretación evolutiva del texto constitucional⁵. Por eso, creo que el recurso a la interpretación evolutiva como resultado no resulta apropiado en este caso y menos cuando la clave de la argumentación es la evolución legal. Pareciera como si la interpretación constitucional dependiera de la acción legislativa y no creo que pueda hacerse este planteamiento en ningún caso. Ni cuando la evolución normativa conduce a la ampliación de derechos ni cuando conduce a lo contrario.

En este caso, en realidad, no se trataba tanto de formular una interpretación evolutiva de un precepto constitucional, ya que ninguno reconoce los derechos sexuales y reproductivos de manera expresa, ni hay ninguno que defina la protección del no nacido como principio o valor constitucional, ni la vida del nasciturus como derecho en sentido propio. Se trataba, en cambio, de romper radicalmente con el precedente jurisprudencial marcado en la STC 35/1985, que es el texto que define la vida prenatal como bien digno de protección constitucional. Por eso no estábamos aquí ante una exigencia de interpretación evolutiva del texto constitucional, sino ante una necesidad de ruptura del paradigma interpretativo marcado por una sentencia de hace casi dos décadas. Y aunque el pronunciamiento del Tribunal se refiere, efectivamente, a un cambio de paradigma, no llega hasta las últimas consecuencias de ese cambio, porque no renuncia a dialogar con el Tribunal del año 1985 ni abandona totalmente las premisas lógicas sobre las que se fundó la decisión de entonces.

Un apartamiento adecuado y pleno, que entiendo que era necesario, hubiera exigido no solo reconocer formalmente el derecho la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico (lo que hace el FJ 3 de la sentencia), sino asumir que, cuando hablamos de la interrupción voluntaria del embarazo, no existe un conflicto de derechos o de intereses o de posiciones subjetivas. Que el único derecho en presencia es un derecho de autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo, que se vincula a los arts. 10 (dignidad), 15 (vida e integridad física y moral), 43 (salud) CE, y que puede admitir límites, justificándose estos en la preservación de un bien digno de protección constitucional como es la vida capaz de mantenerse de forma independiente del cuerpo materno. Por tanto, no estaríamos ante un conflicto entre «derecho al aborto» y «derecho a la vida prenatal», sino ante una definición de los límites del derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, que debe atender a distintas circunstancias y observar, en todo caso, la adecuada proporcionalidad a la restricción del derecho de las mujeres a continuar o no adelante con un proceso biológico y social sobre el que ellas (nosotras) y solo ellas (nosotras) debemos poder decidir⁶. La sentencia apunta en esta dirección, pero, a mi entender, no resulta suficientemente categórica, y desliza consideraciones que, en algún punto, podrían considerarse incompatibles con esta posición, como cuando, al sintetizar la

5. En un sentido muy similar se manifiesta el voto concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer a la STC 44/2023.

6. Véase también el voto particular de Balaguer.

posición del Tribunal sobre el sistema de plazos en su conjunto, considera que «esta opción regulatoria es conforme con nuestro texto constitucional y con la doctrina de este tribunal, ya que satisface el deber estatal de protección de la vida prenatal —con medidas preventivas y sancionadoras, cuyo peso varía conforme avanza el proceso de gestación— y lo hace sin vulnerar los derechos de la mujer». En esta frase parece que la lógica sea la de la consideración de los derechos de la mujer como límite de la protección de la vida prenatal, y no al contrario.

La sentencia 44/2023 ha sido objeto de duras críticas doctrinales⁷ basadas en la consideración de que la sentencia «crea» un derecho fundamental al aborto, donde la Constitución no reconoce tal cosa. Pero esta crítica asume la premisa de razonamiento de la sentencia de 1985, ignorando cómo el contexto histórico y el reconocimiento de los derechos de las mujeres ha cambiado desde entonces. La sentencia 44/2023 no inventa derecho alguno ni crea un inexistente derecho al aborto. La sentencia se limita a interpretar el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE) desde una perspectiva en que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del ejercicio de estos derechos que, obviamente, tienen reflejo constitucional expreso. Se trata, sencillamente, de entender el texto de la Constitución asumiendo que los derechos que reconocen tienen titulares sexuados y que la integridad física y moral de las mujeres, así como su salud, van intrínsecamente vinculadas a la salud sexual y reproductiva y a la toma de decisiones responsables y autónomas sobre el embarazo como proceso fisiológico y social.

Podrían hacerse otras consideraciones puntuales sobre la argumentación concreta en relación con los temas de la información que deben recibir las mujeres antes de interrumpir su embarazo; sobre la preservación de la salud social de la mujer como indicación del aborto terapéutico; sobre la indicación eugenésica; o sobre la interpretación (calificada de reduccionista por uno de los dos votos particulares) de la objeción de conciencia. Pero este comentario no tiene por objeto presentar un resumen de la sentencia, sino formular algunas observaciones críticas sobre la misma y contextualizarla. Por eso recomiendo la lectura del texto completo del pronunciamiento, de modo que sean aprehensibles la totalidad de los argumentos utilizados por el Tribunal.

Y, para cerrar la presentación contextual, creo que también es necesario hacer referencia a la STC 78/2023, de 3 de julio, que consolida la jurisprudencia fijada en la STC 44/2023 al resolver, en sentido estimatorio, el recurso de amparo planteado por una mujer que, tras ver negado el ejercicio de su derecho a la IVE en su región de residencia (concretamente en Murcia), aborta en el sistema sanitario privado de otra comunidad autónoma y reclama sucesivamente una indemnización por responsabilidad patrimonial asociada al mal funcionamiento de la Administración sanitaria murciana. En este caso, la Sala Primera del Tribunal Constitucional sostiene que, «al ser el derecho a la interrupción del embarazo un derecho de configuración legal que forma parte

7. También presentes en los votos particulares de Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, César Tolosa Tribiño y Concepción Espejel.

del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer, la infracción de las previsiones legales que tienen como objeto garantizar que este derecho se ejerce conforme a las exigencias constitucionales conlleva también la del derecho fundamental». Es decir, no sólo la denegación expresa del derecho, sino la inadecuada prestación del servicio sanitario vinculado a la IVE o la inobservancia de las previsiones legales que prevén su materialización, supone una vulneración del derecho a la integridad física y moral de la mujer.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ
Profesora titular de Derecho Constitucional UCIIIIM
mitziar.gomez@uc3m.es

**Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023,
de 22 de marzo de 2023**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 94/2023,
de 12 de septiembre de 2023**

EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO: BREVE RESUMEN

Las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 94/2023 examinan si la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE), es compatible o no con la Constitución, fallando que es completamente válida. El Tribunal no ha puesto el más mínimo reparo. De hecho, aunque las sentencias cuentan con dos votos discrepantes, ningún magistrado sugiere la inconstitucionalidad, en general, del sistema legal de prestación de ayuda para morir. El problema de fondo que se deriva de estas decisiones es que el Tribunal descubre la altura constitucional del derecho, en principio legal, de modo que lo iusfundamentaliza: la prestación de ayuda para morir en contexto eutanásico sería un «nuevo» derecho fundamental ubicado en la penumbra del derecho a la integridad personal del art. 15 CE, leído a la luz de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE.

Así que a la pregunta de si, con la Constitución en la mano, la eutanasia debe ser prohibida totalmente (como postulan los recurrentes de VOX —con menor convencimiento los del Partido Popular—), remitida su existencia o inexistencia y su contenido a las mayorías políticas cambiantes (como opinan los votos discrepantes de los magistrados Arnaldo y Espejel) o, más bien, considerada como un derecho fundamental de existencia legal necesaria (aunque puedan discutirse los contenidos concretos), el Tribunal elige claramente esta última opción. La eutanasia (practicada bajo las condiciones legales) es, según el Tribunal Constitucional, un nuevo derecho fundamental. Y, por consiguiente, insuprimible, en principio, por el legislador futuro.

Esta interpretación jurídica, que se apoya, sobre todo, en el criterio evolutivo de la doctrina (canadiense) del «árbol vivo», es vulnerable, como cabe suponer, a una intensa crítica, así como el asunto de si las garantías que la LORE contempla para asegurar la plena libertad del solicitante de la ayuda a morir en contexto eutanásico son o no suficientes. Aunque comparto sustancialmente el fallo del Tribunal, su argumentación me suscita algunas dudas

La STC 19/2023 resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta disputados del grupo parlamentario de Vox del Congreso contra la LORE. El ponente es el magistrado Ramón Sáez y el fallo es desestimatorio. A la sentencia le acompaña el voto particular concurrente de María Luisa Balaguer y dos discrepantes de Enrique Arnaldo y Concepción Espejel. Por su parte, la STC 94/2023, de 12 de

septiembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la misma ley por parte de 88 diputados del Partido Popular. El ponente es el presidente Cándido Conde-Pumpido. Se reiteran los mismos votos particulares que en la STC 19/2023.

La estructura básica de la Sentencia 19/2023 es sencilla: tras descartar la impugnación de vicios formales de la tramitación legal, primero se examina si la configuración, en general, de un derecho legal de prestación de ayuda a morir en contexto eutanásico es conforme con la Constitución; después se valora si la concreta regulación de la LORE cumple las garantías constitucionales que cabe exigir, también en general; por último, se analizan diversos aspectos concretos de la ley impugnados por los recurrentes. Se termina concluyendo que la Constitución sí permite (aún más, que reclama) una prestación de ayuda a morir en contexto eutanásico siempre que la regulación legal contenga ciertas garantías que aseguren la voluntad libre del sujeto, lo que concurre en el caso, y desestimando todas y cada una de las impugnaciones concretas que planteaban los recurrentes. En el mismo sentido se pronuncia la STC 94/2023.

Con una argumentación a veces discutible, a veces especiosa, otras incompleta y casi siempre premiosa, el Tribunal alcanza, sin embargo, una solución razonable en lo esencial: el derecho de integridad comprende en su seno la libertad de autodeterminación corporal en contexto eutanásico.

Los cuatro criterios exegéticos que el Tribunal utiliza para enmarcar la resolución de los recursos permiten avizorar el fallo. La sentencia prioriza el canon evolutivo, trayendo la doctrina canadiense de la Constitución como árbol vivo, pero también apunta los criterios de unidad, de autocontención y el internacional.

Evidentemente, se trata de criterios pacíficos y bien conocidos que el Tribunal emplea de modo asiduo. Sin embargo, a mi juicio, su concreta aplicación al caso suscita algunas dudas. ¿Es razonable interpretar, por ejemplo, que algo de especioso tiene, esto es, de algo que parece lógico pero que contiene algún engaño, apelar al principio de *self restraint* en relación con los argumentos de los recurrentes y, al mismo tiempo, en la misma decisión, no limitarse a certificar que el sistema legal impugnado supera «los mínimos de control razonables» y, por tanto, es válido, sin tener que «fundamentalizar» el derecho legal impidiendo hacia el futuro modificaciones sustanciales de la norma? Las dos sentencias en examen no se caracterizan precisamente por la autocontención del Tribunal. Esto no es necesariamente negativo, pero sí se incurre en cierta incoherencia si se anuncia un criterio de interpretación restrictivo y finalmente se hace lo contrario (nada menos que descubriendo un nuevo derecho fundamental). En realidad, la idea de autocontención la utiliza el Tribunal en las dos sentencias para evitar razonar a fondo sobre alguna de las impugnaciones. Por ejemplo, en la STC 94/2023, cuando los recurrentes alegaban la necesidad de incluir a profesionales de la salud mental en el procedimiento de ayuda para morir. El Tribunal entiende que, como su misión no es analizar si puede haber otros sistemas mejores de protección de la libertad de decisión del solicitante, sólo debe dilucidar si la norma impugnada «cumple con unos mínimos de protección razonables», concluyendo que sí, de modo que no aporta ni una sola línea más para responder a la cuestión planteada. No es que el Tribunal

formule una respuesta incorrecta, discutible o débil..., es que no contesta nada en absoluto. En definitiva, el Tribunal anuncia el empleo del estándar de control más exigente, el de proporcionalidad, pero al final utiliza el más desdentado de la razonabilidad.

El Tribunal vuelve a emplear la doctrina del árbol vivo, como en los casos, ideológicamente inflamables, del reconocimiento de la validez del matrimonio homosexual (STC 198/2012) y del aborto (STC 44/2023). No tiene mayor sentido, a mi juicio, traer a las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional una doctrina que sólo es explicable en su propio contexto nacional (aunque, por supuesto, haya algunas semejanzas). Entre nosotros, rige el criterio evolutivo de la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 Código Civil). Ahora bien, a mi juicio, ni este canon sociológico es, por sí solo o de modo principal, particularmente útil para resolver los conflictos planteados ni su aplicación está exenta de ciertos riesgos de exceso jurisdiccional. El Tribunal, acertadamente, utiliza el criterio sistemático, es decir, lee el deber estatal de protección jurídica de la vida del art. 15 CE en concordancia con el principio (art. 10.1 CE)/derecho (art. 15 CE) de libertad entendida como derecho a decidir sobre uno mismo. Y usa, sin decirlo, el criterio teleológico al intentar persuadir por qué el entendimiento de la libertad constitucional da cobijo a la ampliación de su sentido original hasta el punto de incluir la autodeterminación en contexto eutanásico. ¿Realmente era necesario traer la *living tree doctrine*? Es evidente que, en esta interpretación, cuyos métodos son el sistemático y el teleológico y cuyo producto o resultado es la ampliación del sentido original del art. 15 CE, juega también el criterio evolutivo, pero lo hace, como suele ocurrir en su caso, de un modo auxiliar respecto del teleológico. Porque, en efecto, al pretender identificar cuál es la razón de ser del derecho de integridad personal del art. 15 CE, el Tribunal Constitucional lo hace desde un entendimiento contemporáneo de la idea constitucional de la libertad/autonomía personal. Y tal entendimiento no se prueba por unas estadísticas traídas de modo descontextualizado o de opiniones doctrinales que no se citan, como en la STC 198/2012, ni apelando, como se hace en el fundamento jurídico cuarto de la STC 19/2023, a una evanescente «evolución cultural, moral y jurídica» de la sociedad que se da por obvia y ni siquiera se intenta demostrar con alguna prueba, sino, en realidad, de dos fuentes: una interna, ligada al desarrollo de la idea de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, del art. 10.1 CE, y otra internacional, vinculada al canon internacional del art. 10.2 CE.

La validez de la eutanasia y el suicidio asistido deriva de un entendimiento cada vez más amplio, rico y cabal de la idea de libertad personal en el momento más trágico de la existencia, pero también, a mi juicio, de una nueva dimensión del derecho de integridad personal como es el derecho fundamental frente al dolor físico. Creo que del art. 15 CE se deduce el derecho subjetivo de las personas, por respetar en serio su dignidad (art. 10.1 CE), de reclamar de los poderes públicos los medios para evitar, mitigar o aliviar el dolor físico hasta el umbral que permita la *lex artis* del momento. Como el lector más aguzado habrá advertido, este derecho fundamental frente al dolor físico permitiría fundamentar, al mismo tiempo, el derecho a la eutanasia y el suicidio

asistido y también el derecho fundamental (de configuración legislativa) a los cuidados paliativos que, en este momento, siguen teniendo en España un carácter fortuito y graciable, según dónde se resida y qué seguro médico se tenga. No tiene sentido, pues, a mi juicio, oponer un sistema de eutanasia y otro de cuidados paliativos. Como tampoco lo tiene, desde ningún punto de vista, contar con una ley de eutanasia, pero no con una de cuidados paliativos.

El derecho a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico no es, en contra de lo que dicen las sentencias, un «nuevo» derecho fundamental, sino una nueva facultad de un derecho fundamental ya existente, que es la libertad de decisión de las personas para elegir cuándo y cómo morir en un contexto eutanásico. Así pues, es un derecho implícito o, incluso quizá, un derecho fundamental escrito cuya interpretación de contenido ha experimentado una transformación significativa. La ampliación, defendible desde el punto de vista teleológico, del contenido de la «integridad» personal del art. 15 CE; la consideración de que en ese concepto se pueden amparar conductas de libertad en relación con el proceso de toma de decisiones del final de la propia vida, bajo ciertas condiciones; el uso del canon internacional con la emergencia de esa nueva facultad del derecho de respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) que es el derecho de autodeterminación en contexto eutanásico permiten entender razonablemente que estamos en presencia de una nueva concreción (ya sea implícita o transformada) de un derecho fundamental explícito ya existente. El Tribunal Constitucional ha podido considerar que la LORE era válida conforme al art. 15 CE o que la LORE es un desarrollo necesario del mismo; ha optado por la segunda opción, lo que ha impedido una sentencia por unanimidad y, de alguna manera, limita la posibilidad de cambios normativos futuros de calado en la materia, pero, a mi juicio, la tesis del Tribunal Constitucional, no siendo la única razonable posible, tampoco es arbitraria.

La construcción doctrinal central de las sentencias puede parecer más o menos razonable, pero el perezoso control de la mayor parte de las garantías legales, alegando mecánicamente que la LORE cumple las garantías constitucionales «mínimas», no es de recibo. El interés en obtener una sentencia rápida y sin tacha alguna ha llevado al Tribunal a realizar varias interpretaciones conformes que no se han llevado a los fallos, como acertadamente observan los votos discrepantes. A los que ellos identifican, añado yo otro, que es realmente importante: la exigencia de que el «padecimiento» del art. 3.b) de la LORE haya de presentarse «siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen», aunque pueda haber sufrimientos de orden psicológico (FJ 6). Interpretación que ha sido recientemente aplicada, por cierto, por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su Sentencia de Sala de lo Contencioso de 10 de julio de 2023, que ha desestimado el recurso de una mujer que solicitaba ayuda para morir porque la depresión grave que sufría tenía posibilidades de mejora en un contexto de pronóstico de vida no limitado.

En mi opinión, las sentencias hubieran sido óptimas si hubieran tenido en cuenta la necesidad de contar en el procedimiento de ayuda para morir con la intervención de un especialista de la salud mental; si hubieran apreciado la densidad constitucional

como derecho fundamental (implícito en la integridad personal del art. 15 CE) de los cuidados paliativos; si hubieran exigido las adaptaciones normativas autonómicas derivadas de la entrada en vigor de la LORE de la forma y tiempo de prestar el testamento vital (o documento similar de otro nombre) en orden a una futura eutanasia de alguna persona con incapacidad de hecho y, finalmente, si hubieran reconocido la objeción de conciencia de las personas jurídicas en orden a prestar este tipo de servicio de ayuda para morir.

Fernando REY MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
frey@uva.es

Sentencia del Tribunal Supremo 1419/2023, de 28 de marzo, sobre el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana

Son muchas las ocasiones en las que he tenido la oportunidad de comentar diferentes cuestiones referidas al impuesto de plusvalías¹, esto es, el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (conocido por el acrónimo de IIVTNU), y es que sin duda alguna ha sido el más litigioso en los últimos años, debido a los vaivenes normativos y jurisprudenciales a los que se ha visto sometido.

En esta ocasión me propongo relatar las últimas aventuras del IIVTNU, de este serial que parece no tener fin, en el que hay muchas historias que se repiten, aunque a veces vayan apareciendo nuevos protagonistas. No pretendo reproducir aquí ningún capítulo completo, sino hacer una mera sinopsis de algunas cuestiones que podrían resultar de interés sucedidas en el primer cuatrimestre del año.

1. PRIMERA CUESTIÓN. ¿QUÉ HA HABIDO DE NUEVO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En el último pleno del mes de abril acordaba el Tribunal Constitucional desestimar el recurso de inconstitucionalidad que había sido interpuesto por el grupo parlamentario VOX contra el Real Decreto-Ley 26/2021, de 8 de noviembre, que modificó el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales (TRLRHL) para adaptarlo a la doctrina del Tribunal Constitucional. En este recurso se aducía la carencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para dictar un decreto-ley, y se resolvía esta alegación en términos similares a los que se hizo anteriormente, en sentido desestimatorio, por la STC 17/2023, de 9 de marzo. Constituye, en definitiva, un caso de estricta aplicación de la doctrina por remisión a dicha sentencia.

Solo recordar que la [STC 17/2023, de 9 de marzo](#) (RI 735-2022) resolvió las dudas de constitucionalidad que se plantearon por los recurrentes, que en aquella ocasión se trataba de diputados del grupo parlamentario popular. Entendió el TC que era constitucionalmente admisible utilizar el decreto-ley para regular un sistema de determinación directa de la base imponible, que era alternativo al existente hasta entonces, el de estimación objetiva, cubriendo de este modo el vacío legislativo que había provocado el fallo de la STC 182/2021, de 26 de octubre. También entendía que no se veía

1. Este comentario tiene su origen en el blog fiscal y de opinión tributaria *Taxlandia*, donde se han publicado otras aportaciones en relación a este impuesto (<https://www.politicafiscal.es>).

afectado el deber de contribuir a los gastos públicos de los ciudadanos con esta nueva regulación que realmente venía a complementar la declarada inconstitucional. No se suscitaron por los recurrentes otras cuestiones de fondo relativas al contenido de los preceptos introducidos en nuestro ordenamiento por el citado real decreto-ley.

El Tribunal Constitucional tiene tan solo un recurso pendiente de resolver en materia de IIVTNU, que no parece suscitar cuestiones doctrinales novedadadas, ya que se trata de la cuestión prejudicial de validez de la norma foral de Guipúzcoa reguladora del IIVTNU (n.º 5349-2023).

2. SEGUNDA CUESTIÓN. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL TRIBUNAL SUPREMO?

Siendo fieles a la cronología propia de los seriales me gustaría mencionar dos sentencias relevantes del Tribunal Supremo. Ha habido muchas más, pero la mayor parte de ellas aplican la jurisprudencia anterior del Alto Tribunal.

La STS 1419/2023, de 28 de marzo, examina la legitimación activa para solicitar la rectificación de una autoliquidación del tercero obligado al pago por pacto o contrato con el sujeto pasivo del tributo.

Ciertamente podemos decir que en la misma no se establece una nueva doctrina, pues, como la propia sentencia recuerda, hubo dos pronunciamientos anteriores, concretamente las STS de 30 de octubre de 2019 y 17 de septiembre de 2020, ambas en materia de IIVTNU. Y es que se trata de un impuesto que, como sabemos, en la práctica se presta especialmente a la realización de pactos contractuales relativos a quién asume su pago. Pero, a pesar de ello, resulta de interés porque, aunque reitere una doctrina anterior, se aplica a un supuesto algo diferente a sus precedentes. En el caso examinado había existido una doble desestimación silente de una solicitud de rectificación de autoliquidación, así como del sucesivo recurso de reposición, en los que el tercero alegaba la ausencia de incremento de valor y, por ende, la no realización del hecho imponible del citado impuesto. Sin mediar resolución expresa alguna, el tercero interpuso recurso contencioso administrativo, a cuya estimación se opuso la Administración local alegando su falta de legitimación con base en lo establecido en el art. 33 RGR.

Considera el TS en su sentencia —FD 3, 2), c)— que no existen razones «que permitan considerar que la entidad local basó su silencio en consideraciones relativas a la falta de legitimación». Y añade que la propia Administración había emitido una resolución de fraccionamiento de pago a nombre de la entidad recurrente. Entiende, así, que fue el propio Ayuntamiento quien tuvo al pagador por interesado en el procedimiento administrativo, y razona además que la legitimación activa «posee un carácter expansivo que no puede quedar cercenado ni entorpecido mediante interpretaciones restrictivas de la obtención de una decisión de fondo en la vía obligatoria previa».

Pues bien, en este contexto, el TS establece una doctrina casacional que, por lo que aquí interesa, contiene tres partes diferenciadas.

La primera constituye una remisión a su doctrina anterior: el obligado al pago del IIVTNU en virtud de pacto o contrato está legitimado para instar la rectificación de la autoliquidación tributaria y la consiguiente devolución de ingresos indebidos, porque resulta incompatible denegar la legitimación administrativa y, sin embargo, otorgarla en la vía judicial, algo que ya fue reconocido por el Alto Tribunal al considerar que el tercero gozaba de un interés legítimo para interponer una reclamación judicial.

La segunda representa una especie de compensación para el recurrente que ha sufrido la pasividad administrativa, pues señala que esa Administración inactiva, que nunca contestó, «no puede después aducir en el proceso judicial la falta de legitimación administrativa que, pudiendo haberlo hecho, no declaró, sin faltar a las elementales exigencias de la buena fe y del principio de buena administración».

La tercera parece que lleva a cabo una cierta acotación del ámbito de esta doctrina, pues señala que «el régimen del recurso de reposición establecido en el art. 14.2 TRLRHL no establece una taxativa prohibición equivalente a la prevista en el art. 232 LGT, que es precepto aquí inaplicable».

Sin embargo, a mi juicio, la sentencia no resuelve con claridad cómo encaja esta doctrina con el contenido del citado art. 232.2. letra d) LGT, en virtud del cual no están legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas «los que asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato». Advierte el TS que esta jurisprudencia, tanto en los casos precedentes como en el ahora examinado, se dictó en ayuntamientos en los que no existe la vía económico-administrativa, pero también afirma que «hay que desdeñar toda interpretación de las normas que conduzca al absurdo —aunque ellas mismas, en su disparidad, lo propicien—, como la de que sea factible al tercero que ha asumido obligaciones fiscales mediante pacto o contrato acudir al recurso de reposición, sin cortapisas derivadas de una eventual falta de legitimación que la ley no prevé específicamente, mientras no pueda hacerlo si el Ayuntamiento es otro y está sometido a la disciplina de las reclamaciones económico-administrativas en materia local».

Pero lo cierto es que, por muy favorable que sea la interpretación que lleva a cabo esta sentencia al principio *pro actione*, no cabe duda de que propicia la inaplicación de un precepto legal, el art. 232.2. letra d) LGT. Sí aclara que el art. 33 del RGR es un precepto reglamentario, que no puede regular la legitimación del tercero por falta de rango. Ciertamente este precepto de la LGT no era aplicable en el caso concreto, en el cual no era factible interponer reclamación ante un tribunal económico-administrativo, pero el razonamiento que hace la sentencia nos deja muchas dudas sin resolver. La conclusión es que este nuevo capítulo de la serie termina claramente con un «continuará...».

La STS de 28 de marzo de 2023 ECLI:ES:TS:2023:1205 aborda lo que denomina «la aparición sobrevenida de la [STC 182/2021, de 26 de octubre](#)» en procesos ya iniciados, en los que no se articuló como motivo de impugnación inconstitucionalidad del IIVTNU.

Afronta la misma cómo deben actuar los órganos judiciales en aquellos supuestos que no constituyan una situación consolidada. La propia sentencia enumera los

supuestos de intangibilidad: «(i) las situaciones decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, límite que impone expresamente el art. 40.1 LOTC, así como (ii) las resoluciones administrativas firmes, y finalmente (iii) las «situaciones consolidadas» según las denomina la STC 182/2021, en las que se incluyen, a estos exclusivos efectos, (iii a) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (iii b) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha».

La peculiaridad del supuesto examinado es que el motivo inicial por el cual se impugnaron las liquidaciones no fue la inconstitucionalidad del IIVTNU. Algo que sucedió con cierta frecuencia, cuando se trataba de liquidaciones en las que existía una clara plusvalía y no podían acogerse a las declaraciones de inconstitucionalidad de pronunciamientos anteriores, en particular a las STC 59/2017 o 126/2021. Se refiere a procesos judiciales en los que pretendía la nulidad del impuesto por otros motivos diferentes, y que se encontraron durante su tramitación con la aparición sobrevenida de la declaración de inconstitucionalidad.

No resulta ocioso aclarar que si la impugnación se encontrase aún en fase administrativa nada impediría introducir una nueva alegación sobre la inconstitucionalidad del impuesto. Incluso, sin alegar nada al respecto, el recurso debiera ser estimado por parte del órgano encargado de resolver en cada caso, en aplicación de la STC 182/2021.

La sentencia del TS se refiere a los procesos contencioso-administrativos ya iniciados, en los que la demanda no incluya una alegación sobre la inconstitucionalidad del IIVTNU.

Pues bien, entiende el TS que en este caso la incidencia de la STC 182/2021 no puede calificarse de cuestión nueva, sino de «un enfoque jurídico complementario», en la medida en que se trata de «un marco normativo que fue invocado oportunamente en el proceso, para sostener las mismas pretensiones de anulación de la liquidación, aunque fuera con argumentos jurídicos no exactamente coincidentes con los que sustentan la declaración de inconstitucionalidad».

Y concluye la sentencia que «en un caso como el examinado, la liquidación tributaria por IIVTNU impugnada es inválida y carente de eficacia por la inconstitucionalidad de sus normas legales de cobertura».

Nada que objetar a esta sentencia, ya que se trata de la necesaria aplicación de la doctrina contenida en la STC 182/2021. Estoy segura de que muchos órganos judiciales ya estaban siguiendo este criterio, por lo que, más que una novedad, lo que representa esta sentencia es un recordatorio para los que todavía pudieran albergar dudas al respecto.

Hasta el capítulo siguiente.

María Ángeles GARCÍA FRÍAS
Catedrática
Universidad de Salamanca
Letrada del Tribunal Constitucional
agfrias@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala de lo Civil) 129/2023, de 31 de enero de 2023

SEGURO DE INCAPACIDAD ABSOLUTA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO. FECHA DEL SINIESTRO

RESUMEN

La determinación del momento que se considera como fecha de siniestro en los seguros de invalidez es una cuestión tradicionalmente problemática. Es por esta razón que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aborda en este pronunciamiento la mencionada cuestión, homologando de esta forma los pronunciamientos de esta Sala con los de la Sala Tercera de lo Social, para dar de esta forma una respuesta armonizada por parte del Tribunal, ante la ausencia de previsión específica en la Ley de Contrato de Seguros al respecto. Junto a ello, no resta interés que se afronte igualmente en la resolución el orden de los beneficiarios de esta modalidad de seguros y sus consecuencias.

1. ANTECEDENTES

Los antecedentes de hecho que originan la presente resolución de nuestro alto Tribunal residen en la contratación por parte del demandante de un seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario con la aseguradora Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S. A. (empresa naturalmente vinculada con la Entidad bancaria Caja de Ahorros de Granada) con una vigencia desde el 25 de febrero de 2009 al 25 de octubre de 2014. El mencionado seguro contemplaba entre los riesgos asegurados la posibilidad de que el asegurado se encontrara en situación de incapacidad permanente absoluta. Relevante para la *ratio decidendi* del supuesto enjuiciado es que la cláusula de la cobertura que da lugar a la discusión entre las partes indica que se entenderá como fecha del siniestro «la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez».

Siendo ello así, el 25 de agosto de 2014 (dos meses antes de que venciera la póliza suscrita) el demandante fue dado de baja laboral por enfermedad común, siendo hospitalizado el 4 de septiembre de 2014 con diagnóstico «Leucemia tipo celular neom. Aguda. Sin remisión». Dicho diagnóstico se mantuvo durante todo el tratamiento médico, cuestión de importante transcendencia para la resolución del pleito.

Finalmente, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 16 de marzo de 2016 (recordemos que el seguro estuvo vigente hasta el 25 de octubre de 2014), el actor es declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad

común. En el mencionado dictamen se recoge que la enfermedad incapacitante viene producida por la leucemia padecida.

En esta situación, los argumentos entre las posturas enfrentadas son claros: de un lado, el demandante solicita que en aplicación de la póliza de seguros en vigor cuando se inició la enfermedad, la aseguradora cubra el riesgo asegurado, y la compañía demandada se defiende argumentando que los términos de la póliza eran claros al definir como fecha de ocurrencia de la invalidez la que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez (en este caso la resolución es de fecha 16 de marzo de 2016 y se basa en el Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 24 de febrero de 2016, estando, por tanto, ambas fechas fuera de la vigencia de la póliza del seguro contratado).

La demanda fue estimada en primera y segunda instancia, recurriendo la entidad demandada ante el Tribunal Supremo, recurso que fue admitido a trámite en virtud del interés casacional que el mismo presenta, conforme a lo establecido en el artículo 447 LEC; interés casacional que compartimos por la necesidad de armonización entre las Salas del Tribunal Supremo, tal y como finalmente ha terminado ocurriendo.

2. CONFLICTO JURÍDICO QUE SE PLANTEA

Para la resolución del presente conflicto jurídico, nuestro alto Tribunal se ve obligado a efectuar una interpretación distinta a la que hasta ahora se había venido realizando de cara a determinar la fecha del siniestro en los seguros de invalidez. Y es que tradicionalmente se han distinguido diferentes fechas del siniestro dependiendo de si nos encontramos ante un seguro de accidentes (aquí la fecha de referencia sería el momento de producción del mencionado accidente) o si nos encontramos ante un seguro de invalidez (en este caso la fecha a tener en cuenta sería la consignada en el Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades).

Es por esta razón que la compañía aseguradora agota todas las instancias judiciales, en la creencia de que la redacción de la cláusula era clara y la interpretación de los tribunales favorable, pues la Sala de lo Social estaba entendiendo, como regla general, que la fecha para determinar la ocurrencia del siniestro reside en el Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades.

De esta forma, la sentencia objeto de comentario resuelve sucesivamente dos cuestiones. Por un lado, determina la fecha del siniestro que debe tenerse en cuenta para que nazca la responsabilidad de la aseguradora y, por el otro, el orden de designación de beneficiarios, cuestión esta última que no había obtenido respuesta en el resto de instancias.

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA UTILIZADA PARA SU RESOLUCIÓN

En relación al primer motivo de recurso, se invoca por la aseguradora que el hecho de que se haya producido la declaración de incapacidad del actor por parte del Equipo

de Valoración de Incapacidades después del vencimiento de la póliza provoca que, al no encontrarse vigente la misma, no corresponda el pago de la indemnización.

Como base de su argumentación, se alude al artículo 83 de la Ley de Contrato de Seguros, precepto que limita la obligación de pago de la prestación a lo establecido en el contrato. El mencionado precepto se pone en relación con el artículo 1 de este texto legal, el cual deja claro en su definición del contrato de seguro que el pago se efectuará siempre que el evento dañoso se produzca dentro de los límites pactados por las partes. De esta forma, se rechaza el pago con fundamento en estos preceptos.

Así mismo, la recurrente invoca el artículo 1.091 del Código Civil en cuanto al cumplimiento del tenor de los contratos (la literalidad de la cláusula de la póliza), el 1.258 en lo relativo a su perfección (existe el libre consentimiento de ambos contratantes para suscribir la póliza en todos sus términos) y el artículo 1.278 en cuanto a la obligación de cumplir con los contratos válidamente celebrados (no incurre la póliza en ninguna causa que haga dudar de su validez).

Finalmente, la aseguradora alude al 1.281 del Código Civil en lo relativo a la interpretación del sentido literal del contrato cuando sus términos son claros y subsidiariamente y, para el caso de que la condena se mantenga, se alega la infracción del artículo 88 de la Ley del Contrato de Seguro en cuanto a la entrega de la prestación del asegurador al beneficiario en relación con el artículo 83 de esta ley, para tratar de esta forma de que, en caso de condena, sea la entidad bancaria que forma parte del mismo grupo la que perciba la prestación a abonar por la aseguradora.

Para la resolución de este primer motivo de recurso, el Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia asentada sobre dos tipos de seguros de personas: el seguro de vida y el seguro de accidentes. En relación a este último, ya en su día fue coordinada la jurisprudencia de la Sala de lo Civil con la de la Sala de lo Social mediante la Sentencia del Pleno 736/2016, de 21 de diciembre, para establecer así la regla general y la excepción, homologando de esta forma la respuesta de ambas Salas. Siguiendo esa misma línea y aplicada al caso concreto de un seguro de vida, si bien es lo cierto que, acudiendo a la regla general, la fecha del siniestro es la fecha del Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (24 de febrero de 2016, fuera, por tanto, de la fecha de vigencia de la póliza) no es menos cierto que los datos médicos existentes permiten comprobar que la enfermedad causante de la incapacidad permanente, es decir, la propia leucemia, se manifestó como permanente e irreversible ya desde el primer diagnóstico el 4 de septiembre de 2014, estando consecuentemente todavía la póliza en vigor. Siendo ello así, operaría una de las excepciones a la regla general, al no tener que acudir al dictamen médico sino al diagnóstico de la enfermedad.

Como base de su argumentación, el Tribunal Supremo acude a la Ley del Contrato de Seguro para dejar claro que en dicho texto legal no se recoge una definición de invalidez, definición que no obstante sí podemos encontrar en la Ley General de la Seguridad Social (aunque la misma tiene que ser declarada por los organismos competentes). Por todo ello y tomando como referencia la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 14 de abril de 2010 (rec. 1813/2009) el Tribunal Supremo coordina los pronunciamientos de ambas Salas y establece que como regla general, para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo

de la mejora, para determinar la fecha del hecho causante de una mejora voluntaria y, con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono ha de acudirse a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha del Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, recogiendo como excepción (la que precisamente opera en este caso) aquellas situaciones en las que la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles (recordemos que así se manifestó desde el primer momento la leucemia padecida por el actor-recurrido en el primer diagnóstico de fecha 4 de septiembre de 2014, estando todavía la póliza en vigor). De esta forma, nos encontraríamos en la excepción que posibilita la consideración como fecha del siniestro no el Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades de la regla general, sino el diagnóstico de la enfermedad propio de la excepción.

Probablemente nos encontremos ante una solución materialmente más justa que impecable jurídicamente, ya que los términos del contrato de seguro eran claros, vinculando expresamente la póliza el nacimiento de la responsabilidad al documento acreditativo de la invalidez, y es lo cierto que cuando se obtiene dicho documento, la vigencia de la póliza había expirado.

En otro orden de cosas y quizás por estas dudas, el Tribunal Supremo se «ayuda» en su argumentación acudiendo a resolver una cuestión que en ningún momento formó parte del debate jurídico, que no es otra que la posible consideración de la cláusula contractual que fija la fecha del siniestro como limitativa de los derechos del asegurado. Y es que las cláusulas que excluyen la posibilidad de retrotraer el hecho causante al instante en que las secuelas surgen como permanentes e irreversibles son limitativas, debiendo consecuentemente cumplir con los conocidos requisitos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguros (aparecer resaltada la cláusula en la póliza y haber sido aceptada expresamente) para poder ser oponibles al asegurado, requisitos que en el caso analizado no se cumplen y que conlleva el mencionado pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo en esta resolución.

Finalmente, en cuanto al último de los motivos alegados por la aseguradora de forma subsidiaria (y, por tanto, de obligada resolución al haber sido desestimados los restantes), que reside en el orden de beneficiarios que se contiene en la póliza, nos encontramos ante una cuestión que no mereció atención alguna en ninguna de las instancias. Esta falta de respuesta en las instancias es «excusada» por la Sala en el hecho de que en la demanda solamente se había solicitado el reconocimiento del derecho del segundo beneficiario, por lo que a eso debían ceñirse los pronunciamientos judiciales. No obstante, entra a resolver el motivo del recurso destacando que efectivamente y aunque la sentencia recurrida no negara expresamente que la entidad prestamista estaba vinculada al seguro objeto del litigio como beneficiaria, es lo cierto que, al considerar que solo se había solicitado el reconocimiento del derecho del segundo beneficiario, vulneró las previsiones legales sobre el orden de llamamiento en caso de pluralidad de beneficiarios. Por esta razón, se estima el tercer motivo de casación con el único efecto de complementar el fallo de la Sentencia de Primera Instancia indicando que con cargo a la suma asegurada deberá entregarse en primer

lugar el saldo pendiente de amortización a la entidad prestamista (ahora beneficiaria) y posteriormente el remanente (si lo hubiere) al asegurado.

Podríamos plantearnos si es o no procedente que precisamente la entidad bancaria que oferta el seguro por medio de su propia compañía de seguros cobre la prima del seguro y posteriormente se sitúe como primera beneficiaria del préstamo, aunque si bien es lo cierto que el seguro se suscribía precisamente para que el mismo respondiese de las cuotas del prestatario en supuestos de incapacidad, dado que lo normal es que en estos casos el afectado vea reducidos de forma importante sus ingresos.

Las dudas que el supuesto analizado arrojan tienen su traslación en la propia sentencia en materia de costas, ya que el Tribunal Supremo, con buen tino, no hace expresa imposición de éstas en ninguna de las instancias: por la estimación parcial del recurso en casación, y en apelación, se fundamenta en la aplicación del artículo 398.2 LEC. Finalmente, en cuanto a la Sentencia de Primera Instancia, la no imposición de costas reside en las dudas de hecho y de derecho existentes, conforme permite el 394.1 LEC.

4. CONCLUSIONES

Nos encontramos ante una sentencia con la que el Ordenamiento Jurídico resulta fortalecido al complementar jurisprudencialmente lagunas existentes en la ley aplicable como es la Ley del Contrato de Seguros mediante la armonización de las distintas Salas del Tribunal Supremo ante hechos análogos.

Con esta Sentencia el Tribunal Supremo determina distintas reglas en relación a la fijación del *dies a quo* en función de si el perjuicio se produce por un accidente o deriva de una enfermedad, coordinando la jurisprudencia del Tribunal al fijar una regla general y una excepción.

De todo ello queda claro que en lo relativo al seguro que cubre la incapacidad o invalidez provocada por un accidente, para determinar la fecha del siniestro, lo importante es el momento en el que se produjo el meritado accidente, haya o no posteriormente incapacidad. Sin embargo, en cuanto al seguro que cubre la incapacidad o invalidez por enfermedad común, aquí lo importante es determinar la fecha del hecho causante, para lo que deberá acudirse a la norma que lo fije en el Dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades y, como excepción, la posibilidad de retrotraer a la fecha en el que las secuelas surgieron como permanentes e irreversibles.

César GILO GÓMEZ
Profesor asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
cesargilo@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 485/2023, de 17 de abril de 2023. Rec. 4815/2021

DECLARA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DE UNA EMPRESA AUDIOVISUAL Y FIJA LOS REQUISITOS DE LA TITULARIDAD DEL DERECHO EN SOCIEDADES MERCANTILES

En su interacción con las libertades informativas predicadas en el artículo 20 CE, los derechos que se formulan en el precepto 18.1 CE —honor, intimidad personal y familiar y propia imagen— actúan de manera limitrofe con aquéllas.

Sucedee, sin embargo, que la naturaleza del ámbito comunicativo desborda a menudo las previsiones del legislador ordinario, que poco pudo hacer más allá de establecer un marco normativo a través de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Esta parquedad legislativa precisa de una tarea hermenéutica que la complete y desarrolle, labor que se ha residenciado en nuestros jueces y tribunales.

Más concretamente, han sido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional quienes han ahormado un *corpus* jurisprudencial constante y reiterado en torno a los concretos criterios que han de ponderarse para aquilatar la prevalencia de los derechos del 18 o del 20 CE cuando se produce una eventual colisión entre éstos y que ha cristalizado en una abundantísima doctrina en torno a la teoría de la prevalencia de los derechos fundamentales del artículo 20 CE, como elementos basilares de una opinión pública libre.

El fallo objeto de este comentario, que resuelve una casación (rec. 4815/2021) que acoge íntegramente la posición de la Audiencia Provincial en segunda instancia, no es un *primus inter pares* de entre el repositorio jurisprudencial reciente del Alto Tribunal pero acoraza la titularidad del derecho al honor en las personas jurídico-privadas. Volvemos sobre esta cuestión posteriormente.

Interesa ahora traer a colación lo hechos del caso que, en apretada síntesis, son los siguientes:

- i) la parte actora —formada por la mercantil *Mediapro* y Don Diego— interpone una demanda contra *Adslzone* y Don Eladio, a raíz de un artículo publicado en la página *web* y en la cuenta de *Twitter* de *Adslzone* el 17 de noviembre de 2015, cuyo encabezamiento rezaba lo siguiente: «¿Está amañada la subasta de los derechos del fútbol a favor de *Mediapro*?»; considera la demandante que su contenido es susceptible de vulnerar su derecho al honor en la esfera de su prestigio personal y profesional, dada su gran difusión;
- ii) en el escrito rector se alega que la información del artículo publicado es falsa y carente de fundamentación objetiva, al sugerir el amaño de la subasta de los derechos audiovisuales organizada por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) El

sentido del fallo de la instancia, en la que el juzgador estima parcialmente las pretensiones de la demandante, concluye con un pronunciamiento condenatorio a los demandados que consistió en la obligación de publicar parcialmente la sentencia y al pago de cinco mil euros;

- iii) descontenta con la resolución, la demandada decide apelar el fallo ante la Audiencia Provincial en la convicción instalada de que el artículo no constituía intromisión alguna en el honor de los demandantes, de un lado, y en que no había quedado acreditado el *quantum indemnizatorio*, de otro. El órgano jurisdiccional se pronuncia en sentido análogo al razonamiento seguido por el juzgador en la instancia al suscribir los argumentos que se exponen en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada y condena en costas a la recurrente;
- iv) en casación, el recurso se funda en un motivo único que denuncia la infracción del artículo 20.1, a) y d) CE, sobre libertad de expresión e información y aplicación indebida del 18.1 CE. En el desarrollo del motivo se alega la existencia de error en la ponderación entre el derecho fundamental al honor de los recurridos y la libertad de expresión e información de los recurrentes; y, más precisamente, que dicho error se produce en cuestiones concretas que afectan al concepto de veracidad, a la defensa del derecho al honor de una persona jurídica y a la cuantificación del daño moral. La decisión de la Sala es concordante con la línea seguida tanto en la instancia como ante el órgano *ad quem* y concluye con una sentencia desestimatoria del recurso de casación.

Tres son, por lo tanto, las cuestiones nucleares de la *ratio decidendi* de la Sala. Veámoslas en perspectiva.

La primera de ellas es la veracidad. Recuérdese al respecto que sólo la información veraz goza de protección constitucional. Al respecto, la opinión del TC ha basculado entre legitimar la eventual afectación en el derecho al honor en función del contenido veraz o no de la información y la no exclusión.

Respecto de la primera, pueden citarse, entre otras muchas, las siguientes resoluciones: SSTC 158/2003, de 15 de septiembre; 53/2006, de 27 de febrero y 216/2006, de 3 de julio:

«[...] no puede compartirse la afirmación del Tribunal Supremo de que la información enjuiciada en este proceso de amparo no fue rectamente obtenida al haberse conseguido por un medio «torticeiro» [...]. Debemos, pues, estimar que dicha información periodística fue veraz, en el sentido arriba indicado, al haber observado los periodistas la diligencia constitucionalmente exigible en la comprobación de sus fuentes de información [...]». (FJ 6)

«[...] la fiabilidad de la fuente de información es una característica de ésta que ha de ponerse en relación con el concreto objeto de lo que de dicha fuente se obtiene. Una fuente fiable con respecto a determinados contenidos informativos puede no serlo con respecto a otros. Es necesario, por eso, examinar con detenimiento las circunstancias concurrentes en cada caso a la luz de esta idea para evitar generalizaciones que

descalifiquen o exageren la fiabilidad de una determinada fuente de información sin el imprescindible discernimiento [...]. Las eventuales responsabilidades derivadas de la ilegítima obtención de una información se exigirán por la vía que proceda, pero no constituyen circunstancia que deba incluirse en el juicio de ponderación que ahora nos compete, «pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor» (ibidem) [...]». (FJ 12)

«[...] Nuestra jurisprudencia ha vinculado pues la información ‘rectamente obtenida’ con el requisito de la veracidad, entendida como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información [...]». (FJ 5)

Sin embargo, en ocasiones el Alto Tribunal ha considerado que la información no excluía una eventual lesión al honor. Así lo ha manifestado, por ejemplo, en la STC 219/1992, de 3 de diciembre:

«[...] En suma, de las circunstancias antes examinadas se desprende claramente que en el presente caso no existe la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información, atendido su contenido y finalidad, y el respeto al honor de la persona privada a la que se refiere la noticia publicada en el Heraldo de Aragón; habiéndose producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo [...]». (FJ 4)

La segunda cuestión nuclear del razonamiento de la Sala se incardina en torno a la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas, en primer lugar y de las personas jurídico-privadas, en segundo lugar.

Imbricado en la personalidad ex artículo 18.1 CE, la delimitación y alcance del derecho al honor ha sido burilada con el cincel de los jueces y tribunales quienes han esculpido el concepto jurídico desde una perspectiva poliédrica, lábil y fluida, en función del concreto contexto en que se ha desenvuelto y, por lo tanto, con un marcado carácter contingente.

Sin embargo, es el núcleo del derecho —ahormado de significado personalista, fuertemente enraizado en el valor supremo de la dignidad—, lo que ha determinado que la orientación jurisprudencial se haya inclinado por conferir al honor un valor referible a personas individualmente consideradas, anclado en el requisito *ad personam*.

En este sentido, la jurisprudencia emanada acerca del problema de si las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor ha venido cambiando a lo largo de los años.

Con oscilaciones, en una suerte de *back and forth* en términos anglosajones, la base de la legitimación se va a ir ampliando, desde las personas físicas (con importantes pronunciamientos del TS el 31 de marzo de 1930 y del TC el 8 de junio de 1988), pasando por colectividades, cuestión sobre la que tiene oportunidad de pronunciarse el TC en 1991 a través de la STC 214/1991 (caso *Violetta Freidman*), en la que se reconoce la titularidad del derecho al honor de «un grupo no personificado», hasta recaer en las personas jurídicas (en 1995 el TC la otorga a una mercantil en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en lo que será un *leading-case* en esta materia):

«Resulta evidente, pues, que a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, «la persona jurídica también puede ver lesionado su honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982)». (FJ 15)

Y sólo tres meses después, en la STC 183/1995, de 11 de diciembre, el TC vuelve a tener ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, recogiendo ya esta doctrina:

«La cuestión así planteada ya ha sido resuelta — en su estricta dimensión constitucional— por la reciente STC 139/1995, cuyos fundamentos jurídicos deben tenerse ahora por reproducidos, y en la que expresamente se declaró que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”» (FJ 2)

Este giro jurisprudencial es clave para definir el ámbito de protección que la Carta Magna va a otorgar a las personas jurídicas. ¿Qué implica este *overruling*? Sin lugar a dudas, supone el fin de una etapa de jurisprudencia dubitativa sobre la cuestión: el derecho al honor de las personas jurídicas no volverá a ser cuestionado en el ordenamiento jurídico español.

Éste es, en esencia, el sustrato jurisprudencial en el que entronca la decisión de la Sala en la Resolución que se comenta y en la que, recogiendo doctrina contenida en la STC 834/2022, de 25 de noviembre, que trae causa a su vez de otras muchas, recuerda los requisitos de la titularidad del derecho en sociedades mercantiles:

«[c]omo las físicas, las personas jurídicas privadas son titulares del derecho al honor y que en la protección de este derecho se incluye el prestigio profesional; pero también hemos dicho, matizando lo anterior, que la protección del derecho al honor es de menor intensidad cuando su titular es una persona jurídica y que para que un ataque al prestigio profesional o empresarial integre además una transgresión del derecho fundamental al honor es necesario que revista una cierta intensidad y que no basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es precisa la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de aquella actividad, lo que dependerá y deberá apreciarse en función de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido». (FJ 3, Apdo.4)

Así, de lo anterior se colige de manera indubitada que, aunque la base de su sustrato es patrimonial y no personal, las mercantiles son titulares del derecho al honor, que salvaguarda a su vez el prestigio profesional, pero para que la protección cubra

una eventual vulneración del derecho fundamental, la transgresión de su consideración debe revestir intensidad.

Finalmente, la tercera cuestión objeto de análisis de la Sala se centra en la valoración de la fijación del *quantum indemnizatorio* efectuado por el tribunal en la apelación, que parte del principio consagrado en la jurisprudencia de que la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima.

Para ello, la Sala, que se alinea con el criterio establecido en la Audiencia Provincial, acoge la doctrina contenida en la reciente STC 747/2022, de 3 de noviembre, y demás citadas por ésta, en la que se establece que:

«[l]a fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LODH o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción». (FJ 3, Apdo.5)

Por lo tanto, la Sala concluye: i) que el derecho al honor de los recurridos se ha vulnerado; ii) que, por lo tanto, el perjuicio se presume; iii) y que la cuantía de la indemnización, además de haber sido fijada conforme a los criterios del art. 9.3 LODH, fueron calificados por el Tribunal de Apelación como moderadas sin que los recurrentes objetasen error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

A modo de recapitulación, esta Decisión recuerda que sólo la información veraz goza de especial protección; al propio tiempo, en línea con lo señalado por el TC, la Sala consagra [y robustece] los elementos que confieren la titularidad del derecho al honor en las personas de base patrimonial. Como se comprueba, esta Resolución acoraza la posición adoptada por el máximo intérprete de la CE al acoger su doctrina reciente *ad integrum*, lo que implica una novedad pues no siempre ha sido así.

Laura CABALLERO TRENADO
Doctora acreditada a TU por la ANECA y Abogada (ICAM)
Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
lcaballero@der.uned.es

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
(Sala Segunda), de 16 de febrero de 2023. Asunto C-312/21 Tráficos
Manuel Ferrer, S. L. contra Daimler AG**

**EL PLENO RESARCIMIENTO ANTE EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE COSTAS JUDICIALES EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL
DERIVADA DE INFRACCIONES ANTITRUST Y LOS PRESUPUESTOS PARA LA ESTIMACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO**

La sentencia de 16 de febrero de 2023 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, mediante auto de 10 de mayo de 2021, en el procedimiento entre *Tráficos Manuel Ferrer, S. L., Ignacio y Daimler AG*, en el contexto de un litigio sobre reclamación de daños derivados de una infracción de competencia sancionada por la Comisión Europea el 19 de julio de 2016, en el conocido como *cártel de los camiones*. Recuérdese que en tal decisión se sancionan quince fabricantes de camiones que habían participado en un cártel consistente en la conclusión de acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones medios y pesados en el Espacio Económico Europeo (EEE).

Tras la celebración de la vista principal del juicio, el órgano jurisdiccional suspende el plazo para dictar sentencia y, tras recabar la opinión de las partes, decide plantear tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, relativas a la compatibilidad del sistema de costas con el principio de pleno resarcimiento y a dos aspectos relacionados con la estimación judicial del daño.

Al igual que realiza la sentencia que se reseña, agrupamos las cuestiones en dos grupos, uno relativo al sistema de costas judiciales y otro relacionado con la facultad de estimación judicial.

- A) En la primera de ellas se cuestiona si el régimen previsto en el artículo 394.2 LEC (costas en casos de estimación parcial o desestimación) resulta compatible con el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva en el art. 101 TFUE y según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, toda vez que permite que dicho perjudicado cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas como sobreprecio y que le son restituidas a raíz de la estimación parcial de su pretensión resarcitoria, que como presupuesto declarativo asume la existencia de una infracción anticompetitiva y su nexo causal con la producción de un perjuicio, que ciertamente se reconoce, cuantifica y concede como resultado del proceso.

Recuérdese que la norma sobre costas en cuestión dispone que «si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad». Se

cuestiona si esta norma, que imputa parte de las costas al perjudicado, se opone al principio del pleno resarcimiento del daño, reconocido por el TJUE de forma constante desde hace más de 15 años, y tal como deriva de resoluciones tan conocidas como las SSTJUE de 20 de septiembre de 2001 (*Courage* y otros, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465), 13 de julio de 2006 (*Manfredi* y otros, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461), 14 de junio de 2011 (*Pfleiderer*, C-360/09, EU:C:2011:389), 6 de noviembre de 2012 (*Otis* y otros, C-199/11, EU:C:2012:684) o 6 de junio de 2013 (*Donau Chemie* y otros, C-536/11 EU:C:2013:366).

La respuesta del TJUE a esta primera cuestión puede analizarse desde tres puntos de vista, correspondiéndose el primero con el propio régimen de la Directiva 2014/104 (conocida como *Directiva de Daños*) y los otros dos con los principios de equivalencia y de efectividad.

El análisis realizado desde la Directiva de Daños pone de manifiesto cómo la norma española sobre costas no resulta contraria al principio de pleno resarcimiento, pues la distribución de las costas en los procesos judiciales instados para hacer efectivo el derecho al pleno resarcimiento del perjuicio sufrido no tiene «por objeto indemnizar un perjuicio, sino determinar, en cada Estado miembro, conforme al Derecho propio de cada uno, las formas de repartir los gastos en que se haya incurrido en la tramitación de tales procesos» (apartado 37 de la sentencia que se reseña).

Si se analiza la cuestión desde el principio de equivalencia (según el cual las normas relativas a los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos conferidos a los justiciables por el Derecho de la Unión no deben ser menos favorables que las relativas a recursos similares de naturaleza interna), se deduce con claridad que la norma sobre costas no supone infracción alguna del mismo, al ser una norma procesal general del ordenamiento jurídico español, aplicable independientemente de si el derecho del litigio deriva del sistema europeo o del interno.

Mayores dudas podría plantear el análisis de la cuestión desde el principio de efectividad, según el cual debe decidirse si una norma procesal civil nacional como el artículo 394.2 LEC, interpretada, en su caso, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales españoles, según la cual también es posible obtener la condena en costas cuando exista una diferencia menor entre lo pedido y lo obtenido en el proceso, hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al pleno resarcimiento del perjuicio sufrido como consecuencia de un comportamiento contrario a la competencia, reconocido y definido en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/104 y dimanante del artículo 101 TFUE (apartado 40 de la sentencia que se reseña).

El órgano jurisdiccional que realizó la petición de decisión prejudicial puso de manifiesto la posible extrapolación de la situación derivada de los procesos sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Recuérdese que el sistema del artículo 394 LEC está corregido jurisprudencialmente en España, ya que se ha considerado la inaplicación de la exención de las costas en caso de

«serias dudas de hecho o de derecho» si hay vencimiento del consumidor, para favorecer la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea (STS 419/2017, de 4 de julio, del Pleno, seguida por otras como la 472/2020, de 17 de septiembre, y la sentencia 510/2020, de 6 de octubre, también del Pleno; la 631/2020, de 24 de noviembre, o las 27/2021, de 25 de enero; 31/2021, de 26 de enero, y 1171/2023, de 17 de julio, entre otras muchas). El TJUE hace referencia, en particular, a su sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578), excluyendo su aplicación a litigios como los derivados de infracciones de competencia, toda vez que el «legislador de la Unión dota a la parte demandante, inicialmente en desventaja, de medios destinados a reequilibrar en su favor la relación de fuerzas con la parte demandada» (apartado 46 de la sentencia reseñada).

Por consiguiente, la primera cuestión es resuelta por el TJUE en el sentido de que el artículo 101 TFUE y el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2014/104/UE deben interpretarse en el sentido de que «no se oponen a una norma procesal civil nacional en virtud de la cual, en caso de estimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las costas comunes, salvo en caso de litigación temeraria».

- B) El segundo grupo de cuestiones están relacionadas con la estimación del daño, establecida en el artículo 76.2 LDC: «Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños». Esta norma supone la transposición del artículo 17.1 de la Directiva de Daños. Sobre la base de la misma se plantean las dos siguientes cuestiones al TJUE:

En primer lugar, si la facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio ha tenido acceso durante el curso del proceso a los datos en los que el propio demandado basa su estudio de experto para excluir la existencia de daño indemnizable.

En segundo lugar, si tal facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de

que un perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio dirija su pretensión de resarcimiento contra uno de los destinatarios de la decisión administrativa, responsable solidario de esos daños, pero que no comercializó el producto o servicio adquirido por el perjudicado en cuestión.

El TJUE, después de reconocer el carácter procesal de la facultad judicial de estimación (lo que repercute en su aplicación *ratione temporis*), hace interesantes consideraciones sobre la incidencia del concepto de «asimetría de información» en la activación de la facultad judicial de estimación del daño. Así, aunque tal asimetría se encuentra presente en muchas infracciones dañosas, el elemento decisivo de activación de la facultad es que, acreditada la existencia del perjuicio, «sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo, por ejemplo, porque existan dificultades particularmente importantes para interpretar los documentos aportados en cuanto a la proporción de la repercusión del sobre coste resultante del cártel en los precios de los productos que la demandante haya adquirido de alguno de los participantes en el cártel» (apartado 53). Por consiguiente, «aun cuando las partes se encuentren en pie de igualdad en lo que se refiere a la información disponible, pueden surgir dificultades a la hora de cuantificar concretamente el perjuicio» (apartado 54).

De estos apartados de la sentencia puede confirmarse que la activación de esta facultad judicial requiere inexorablemente la concurrencia de dos presupuestos: i) la acreditación del daño derivado de la infracción de competencia; y ii) la práctica imposibilidad o excesiva dificultad en cuantificar con precisión los daños según las pruebas disponibles (el conocido como «escenario de dificultad probatoria»).

No cabe duda, sin embargo, de que entre las medidas para la corrección de la asimetría de información se encuentran las relativas a la exhibición de pruebas (*cf.* artículo 5 de la Directiva de Daños) y que ello puede incidir de forma importante en la existencia o no de una práctica imposibilidad o excesiva dificultad en cuantificar con precisión los daños causados. Por tanto, entendemos que, aunque el esfuerzo probatorio puede llegar a ser relevante para la activación de la facultad judicial de estimación, no es presupuesto necesario de la misma. Sin embargo, el Tribunal Supremo español parece hacer descansar la estimación judicial en la actividad probatoria del actor en su sentencia de 12 de junio de 2023, al afirmar como conclusión en su apartado 24 que

la actividad probatoria desplegada por el demandante, en concreto la presentación del informe pericial con la demanda, pese a que dicho informe no resulte convincente, en este caso y a la vista del estado de la cuestión y de la litigación cuando fue presentada la demanda, puede ser considerada suficiente para descartar que la ausencia de prueba suficiente del importe del daño se deba a la inactividad del demandante. Y estando probada la existencia del daño, justifica que el tribunal haya hecho uso de facultades estimativas para fijar la indemnización.

Como deriva de la sentencia TJUE que se reseña, ni la actividad probatoria del demandante ni la facilitación del acceso a pruebas por el demandado son decisivas, en sí

mismas, «para apreciar si el órgano jurisdiccional nacional está facultado para estimar el perjuicio» (apartado 59). De este modo, la activación de la facultad judicial de estimación no se configura en caso alguno como alternativa a la cuantificación por parte del demandante, sino únicamente como subsidiaria a la misma, como último recurso. Antes de activar esta facultad judicial, los tribunales deberían analizar las pruebas aportadas (principalmente dictámenes periciales), con el objeto de reconocer dificultades en la cuantificación de los daños sufridos en el caso concreto y llegar a la conclusión de que la parte actora no está en situación de superar las mismas.

Como respuesta a las cuestiones planteadas en relación con la estimación judicial del daño, el TJUE resuelve expresamente de la siguiente forma:

El artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que ni la circunstancia de que la parte demandada en una acción incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva haya puesto a disposición de la parte demandante la información en que se haya basado para refutar el informe pericial de esta última ni el hecho de que la parte demandante haya dirigido su reclamación solamente contra uno de los autores de dicha infracción son pertinentes, en sí mismos, para apreciar si los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para estimar el perjuicio, ya que esta estimación presupone, por un lado, que se haya acreditado la existencia del perjuicio y, por otro lado, que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, lo que implica tomar en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, en particular el carácter infructuoso de trámites como la solicitud de exhibición de pruebas establecida en el artículo 5 de dicha Directiva.

Debe recordarse, por último, que una vez activada (acreditado, por tanto, el «daño resarcible» y el «escenario de dificultad probatoria»), la estimación judicial del daño debe contener una suficiente motivación, expresando «los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón» (artículo 218.2 de la LEC).

De lo comentado *supra* puede concluirse que la sentencia del TJUE reseñada constituye la confirmación de la licitud del sistema general sobre la condena en costas judiciales en los procesos de responsabilidad civil derivada de infracciones *antitrust*, así como una aportación reveladora de los elementos de activación de la facultad judicial de estimación del daño causado (*cfr.* artículos 17.1 de la Directiva de Daños y 76.2 LDC), clarificando el protagonismo o incidencia en la misma de elementos como la «asimetría de información», el «esfuerzo probatorio» o el «escenario de dificultad probatoria».

Fernando DE LA VEGA GARCÍA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia
flavega@um.es

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta),
de 20 de abril de 2023. Asuntos acumulados C-775/21 (Blue Air Aviation)
y C-826/21 (UPFR)**

**LOS Matices DE LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO EN MEDIOS DE TRANSPORTE
DE PASAJEROS DE OBRAS PROTEGIDAS POR PROPIEDAD INTELECTUAL**

1. CONTEXTUALIZACIÓN

Esta sentencia dirime las cuestiones prejudiciales de los asuntos acumulados C-775/21 [entre Blue Air Aviation SA y la entidad de gestión colectiva UCMR-ADA Asociația pentru Drepturi de Autor a Compozitorilor] y C-826/21 [entre la entidad de gestión Uniunea Producătorilor de Fonograme din România —UPFR— y Societatea Națională de Transport Feroviar de Călători (SNTFC) CFR Călători SA]. Estas cuestiones se centran en la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, esto es, la interpretación de derecho exclusivo de comunicación pública de los autores y de otros titulares de derechos conexos (artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y de películas y organismos de radiodifusión). Concretamente, estas cuestiones prejudiciales se van a focalizar en dirimir si la mera instalación de equipos de sonorización se consideraría comprendida en el concepto de comunicación al público y, por tanto, generaría regalías para los titulares de derechos (recordemos que estas regalías o remuneraciones se consideran generalmente de gestión colectiva obligatoria, razón por la que las entidades de gestión UCMR-ADA y UPFR son actoras en este proceso). Junto a esta cuestión, se plantean otras, de menor trascendencia práctica y económica, aunque sí jurídica, como son la necesidad o no de que la comunicación al público tenga carácter lucrativo o si sería lícita una ley nacional que extienda el derecho de comunicación pública más allá de la propia Directiva 2001/29/CE.

Veremos, a continuación, una somera descripción de los hechos, a efectos de contextualización para, posteriormente, centrarnos en las respuestas del TJUE sobre las cuestiones que indicábamos.

2. HECHOS

El asunto C-775/21 (Blue Air) surge de una demanda de la entidad de gestión UCMR-ADA contra la compañía aérea Blue Air por la comunicación al público de obras

musicales en los aviones de esta compañía. Blue Air planteaba que explotaba veintiocho aviones y que, aunque disponía «del software necesario para la difusión de obras musicales en veintidós de esos veintiocho aviones, comunicó al público, tras haber obtenido la correspondiente licencia, una única obra musical como música ambiental en catorce de esos aviones».

En su sentencia de 8 de abril de 2019, el Tribunalul București (Tribunal de Distrito de Bucarest) estimó la demanda de UCMR-ADA considerando que el hecho de que Blue Air dotase a sus aviones de estos dispositivos que permitían la comunicación de obras musicales generaba una presunción *iuris tantum* de utilización de esas obras, por lo que todo avión dotado con este equipamiento debía ser considerado para el cálculo de las regalías.

Esta sentencia es recurrida por Blue Air y es la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) quien plantea las cuestiones preliminares centradas, por un lado, en la necesidad del carácter lucrativo de la comunicación al público y, por otro, en la consideración *iuris tantum* de la comunicación al público de la mera presencia de un dispositivo que permite esta comunicación, incluso en aquellos casos en los que la propia normativa de seguridad aérea exige tener habilitados estos dispositivos para todo tipo de comunicaciones en el avión.

El asunto C-826/21 (CFR) enfrenta a la entidad de gestión UPFR contra la sociedad de transporte ferroviario CFR. En este caso, en primera instancia el resultado es contrario al caso anterior, ya que el Tribunalul București (Tribunal de Distrito de Bucarest) consideró que, «si bien es cierto que el mero hecho de instalar un equipo de sonorización que hace técnicamente posible el acceso del público a grabaciones sonoras constituye una comunicación al público de obras musicales, no se había demostrado que los trenes en servicio hubiesen sido dotados de tal instalación».

Esta sentencia es recurrida por la entidad de gestión UPFR y es, de nuevo, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) quien plantea las cuestiones prejudiciales centradas esta vez en la presunción *iuris tantum* de la mera instalación del dispositivo de sonorización como un acto de comunicación al público incluso en los casos en los que la legislación ferroviaria exigiese la implantación de estos dispositivos.

3. APORTES DE LA SENTENCIA

En su sentencia el TJUE recuerda, en primer lugar, la interpretación dada hasta el momento del concepto de comunicación al público, en el sentido de ese artículo 3, apartado 1. Recuerda que, en las sentencias de 2 de abril de 2020, Stim y SAMI, C-753/18 (ECLI:EU:C:2020:268), apartado 30, y de 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando, C-682/18 y C-683/18 (ECLI:EU:C:2021:503), se determina que este concepto reúne dos elementos cumulativos: un acto de comunicación de una obra y la

comunicación de esta a un público, y exige una apreciación individualizada teniendo en cuenta una serie de criterios (*cf.* apartado 46).

Entre estos criterios, el TJUE ha subrayado, por un lado, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida (*cf.* sentencia de 14 de junio de 2017, Stichting Brein, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, apartado 26).

Por consiguiente, la difusión en un medio de transporte de pasajeros, realizada por el operador de ese medio de transporte, de una obra musical como música ambiental constituye un acto de comunicación al público.

Dicho esto, centrándonos en las tres cuestiones fundamentales, que hemos indicado al principio de esta reseña, el TJUE determina:

- a) *Respecto a la mera instalación de equipos y su integración en el concepto de comunicación al público:* el TJUE analiza la situación y recuerda que del considerando 27 de la Directiva 2001/29 se desprende que «la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva» (en el mismo sentido ver Tribunal de Justicia en la sentencia de 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando, C-682/18 y C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, apartado 79).

En este caso, el TJUE no asimila esta situación a otro tipo de operadores (los establecimientos de restauración, hoteles o centros termales) que ponen a disposición de los clientes dispositivos de comunicación al público. En estos casos, el TJUE ha considerado que realizan una comunicación cuando transmiten deliberadamente a su clientela obras protegidas, mediante la distribución voluntaria de una señal a través de receptores de televisión o de radio que han instalado en su establecimiento (ver las sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, apartado 47; de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, apartado 196, y de 27 de febrero de 2014, OSA, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, apartado 26).

Por consiguiente, determina que la mera instalación de un equipo de sonorización en un medio de transporte no puede asimilarse a los actos mediante los cuales los prestadores de servicios transmiten deliberadamente a su clientela obras protegidas, distribuyendo una señal a través de receptores que han instalado en su establecimiento y que permiten acceder a tales obras.

- b) *Respecto al carácter lucrativo de la comunicación al público:* el TJUE recuerda que tal carácter, aunque no carece de pertinencia, no es necesariamente una condición indispensable que determine la existencia misma de una comunicación al público (ver sentencias de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros, C-607/11,

ECLI:EU:C:2013:147, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 31 de mayo de 2016, Reha Training, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, apartado 49).

- c) *Respecto a la legislación que amplía la protección del derecho de comunicación pública establecida en la Directiva 2001/29*: el TJUE recuerda, en el apartado 80 de la sentencia, que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor estableciendo que el concepto de comunicación al público incluya más actos que los previstos en dicha disposición (sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76, apartado 41).

Por consiguiente, vemos que el aporte fundamental de esta sentencia es precisamente la distinción entre la mera instalación de un dispositivo de sonorización en un medio de comunicación terrestre o aéreo y el devengo de la remuneración por comunicación pública de obras. Este último solo se producirá cuando efectivamente la misma se produzca, independientemente, eso sí, del carácter lucrativo o no de la misma.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Profesora lectora (acreditada a agregada)
Universidad Oberta de Catalunya
vjimenezse@uoc.edu

Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo civil. Sección 1.ª) 826/2023, de 29 de mayo de 2023

LICITUD DE LA COMISIÓN DE APERTURA DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO

A diferencia de otras cláusulas y comisiones bancarias la comisión de apertura no había tenido una presencia significativa en nuestra jurisprudencia. Pero, en los últimos cuatro años, se ha producido una sucesión de sentencias que ha generado un intenso debate sobre la licitud de esta comisión, avivado por los criterios parcialmente discrepantes que han mantenido sobre la materia el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que han provocado un movimiento pendular en el sentido en que se han pronunciado las sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales, en particular, acerca de si es necesario o no que la entidad de crédito dé cuenta detallada de los servicios que presta con motivo de la concesión del préstamo, para poder cargar a su cliente la comisión. De este modo, puede afirmarse que en la actualidad constituye una cuestión litigiosa la determinación de si la cláusula en la que se establece dicha comisión es o no transparente y si es abusiva. Y parece también claro que la respuesta a la cuestión suscitada solo puede darse caso por caso, como se ha encargado de recordar el TJUE, sin que resulten admisibles consideraciones de carácter general.

La impugnación de la cláusula de apertura se suele llevar a cabo junto con la de gastos, como ocurre en el caso de la sentencia que pasamos a comentar, la STS de 29 de mayo de 2023, pero no nos vamos a referir a esta segunda cláusula en el presente comentario, por tratarse de una materia sobradamente conocida y con una jurisprudencia ya muy consolidada.

Entrando ya en materia, para entender mejor el problema que se suscita en relación con la cláusula por la que se establece la comisión de apertura, merece la pena comenzar con un breve recorrido de lo que ha acontecido en los últimos 4 años, repasando fundamentalmente las cuatro resoluciones más relevantes dictadas por el TS y por el TJUE, siguiendo un orden cronológico: la STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 114), la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224 y 259/19), la STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21) y nuestra STS de 29 de mayo de 2023 (JUR 2023, 3307).

La primera de ellas, la de STS de 23 de enero de 2019, viene a su vez precedida por varias sentencias de audiencias que mantienen criterios divergentes acerca de la licitud de la comisión, a partir de la impugnación de la cláusula que la establece, en el marco de los litigios sobre la cláusula de gastos.

El leitmotiv de esta sentencia viene dado por la consideración de la comisión de apertura como parte del precio, que tiene que pagar el prestatario y que, desde esta perspectiva, forma parte del *objeto principal del contrato*. Partiendo de esta calificación,

el TS llega a la conclusión de que no cabe aplicar a dicha cláusula el control de abusividad, ni es necesario que se constate que su percepción resulta proporcionada con el servicio que el banco presta, en términos cuantitativos, porque ello supondría un control de precios, inaceptable en virtud del art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Por otra parte, el TS mantiene que tampoco es menester que el banco acredite con detalle la realización efectiva de los servicios a que responde la comisión. Dicha acreditación implicaría serias dificultades prácticas por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación resulta problemática, así como por la dificultad de calcular su cuantía por anticipado, para comunicarla debidamente al consumidor, como exigen las normas sobre transparencia bancaria respecto al resto de comisiones. Por otra parte, muchas de las actividades que retribuye la comisión de apertura son de obligatoria realización para las entidades de crédito, porque vienen impuestas por normas de protección del consumidor frente al sobreendeudamiento (por ej., art. 29 Ley 2/2011; y, actualmente, el art. 11 Ley 5/2019).

Además, afirma que, como parte del contenido principal del contrato, «el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia» y añade que uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE).

Este régimen especial de transparencia resulta confirmado, a juicio del TS, por el «contexto normativo» que reglamenta la inclusión de la cláusula de la comisión de apertura en los contratos de préstamo hipotecario. Con carácter general, la normativa de transparencia bancaria exige que las comisiones obedezcan a servicios solicitados en firme por el cliente y efectivamente prestados por la entidad (podríamos denominar esta regla como regla de la *efectividad del servicio prestado*). Sin embargo, las propias normas de transparencia prevén una regla específica para la comisión de apertura, que impone la existencia de una sola comisión que englobe todas las gestiones y tareas que realiza un banco con motivo de la concesión y formalización de préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas (lo que podríamos denominar regla de la *unicidad de la comisión de apertura*).

La regla de la *unicidad* se establece por primera vez en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en los préstamos hipotecarios y pasa luego a tener rango legal en la Ley 2/2009. En ambas normas la nueva regla parece ostentar el papel de regla especial respecto a la regla general de la efectividad del servicio prestado, presente en la normativa de transparencia desde la Orden de 12 de diciembre de 1989 y que rige con carácter general para las *restantes* comisiones. Así, en el art. 5 Ley 2/2009, antes de su última modificación, podía leerse lo siguiente:

En las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso

podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor. 2. *No obstante lo establecido en el apartado anterior* [...] b) En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito. *Las restantes comisiones y gastos repercutibles* a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito.

De ello deduce el TS que la regla de la unicidad es la única que se aplica a la comisión de apertura y, en consecuencia, que la regla de la efectividad no rige para la misma.

Además de lo anterior, el TS afirma que la cláusula «no suscita dudas razonables acerca de su transparencia», por las siguientes razones: 1.º) Es de general conocimiento que las entidades de crédito suelen cobrar una comisión de apertura que se devenga en el momento de la concesión del préstamo, sobre el importe prestado, y se paga en ese momento inicial; 2.º) Se trata de uno de los extremos sobre los que la entidad está obligada a informar en las fichas normalizadas. Se incluye, además, en la publicidad; 3.º) El hecho de que se pague por entero en el momento inicial hace que el consumidor medio le preste especial atención, como parte sustancial del sacrificio económico que supone para él la obtención del préstamo (en esto consiste precisamente el control de transparencia); y 4.º) Suele tener una redacción, ubicación y estructura propia de los elementos esenciales del contrato.

Ha de decirse, no obstante, que este último alegato se lleva a cabo en *obiter dictum*, pues la cuestión no había sido debidamente planteada en la demanda y, por consiguiente, no podía discutirse en casación.

Sea como fuere, la doctrina fijada por esta primera STS de 23 de enero de 2019 es pronto asumida por muchas de las audiencias provinciales, cuyas sentencias reproducen, casi por completo, el tenor literal de aquella, sin apenas aportación propia [por ej., SSAP Baleares, Sec. 5.ª, de 15 de abril de 2019 (AC 2019, 713) y de 30 de septiembre (AC 2019, 2044) o SAP Barcelona, Sec. 15.ª, de 12 de mayo de 2019 (AC 2019, 557)].

Sin embargo, algunos de los argumentos esgrimidos de forma tajante por la sentencia de enero de 2019 han sido luego puestos en tela de juicio por el TJUE en respuesta a un conjunto de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos de instancia y por el propio Tribunal Supremo y que han dado lugar a dos conocidas sentencias de la Corte Europea, sin las cuales no se puede entender la STS de 29 de mayo de 2023.

La primera de ellas fue instada por un juzgado de Palma de Mallorca y en ella se incidía fundamentalmente en dos consideraciones discutidas por dicho órgano en relación con la sentencia de 2019: la consideración de la comisión de apertura como parte del contenido principal del contrato, que evita su sometimiento al control de contenido o abusividad si es transparente, y su ajuste real al contexto normativo existente.

Respecto al primer punto, pregunta el Juzgado proponente si es suficiente la inclusión de la comisión en la TAE para considerarla como parte del objeto principal del contrato, pues el TS había utilizado este argumento para conferirle dicha consideración. La STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224 y 259/19) contesta que dicho razonamiento se opone a la Directiva 93/13, pues «[e]l hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este». Nótese, sin embargo, que la pregunta a la que responde la Corte Europea está sesgada, porque, como se ha visto, este no era el único argumento que había utilizado el TS para fundamentar su calificación.

En segundo lugar, en relación con el «marco normativo» nacional regulador de las comisiones bancarias, la cuestión prejudicial plantea el posible incumplimiento del TS de la regla de la efectividad en la prestación del servicio, exigida por la normativa española para la imposición de las comisiones bancarias. A tal efecto, se acompaña un resumen de la normativa aplicable, que, no obstante, omite toda referencia a la norma específicamente dedicada a la comisión de apertura (la relativa a la unicidad). Se puede entender, pues, que el juicio del TJUE en este punto parte de otro sesgo, propiciado esta vez por el carácter incompleto de la documentación aportada por el Juzgado de Mallorca que eleva la cuestión prejudicial.

Con estos antecedentes documentales, el TJUE afirma que

una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.

Finalmente, en relación con el control de transparencia, aclara el TJUE que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de esta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado». Esta afirmación se realiza en clara alusión a las afirmaciones realizadas en *obiter dictum* por el TS sobre la ausencia de «dudas razonables» acerca del carácter transparente de la cláusula.

Con esta sentencia de la Corte Europea el tratamiento de la comisión de apertura adopta un nuevo cariz en nuestro panorama judicial, pues algunos juzgados y audiencias proceden a modificar sus criterios anteriores, pasando a declarar la comisión como abusiva [SJPI Oviedo, de 27 octubre de 2020 (JUR 2020, 317504); SJPI Córdoba, de 21 de julio de 2020 (JUR 2020, 226760); SAP Las Palmas, de 21 julio de 2020 (JUR 2020, 220818), o SAP Baleares, Sec. 5.ª, de 24 de septiembre de 2020 (AC 2020, 1347)]. Según la última de las sentencias citadas, «[d]icha doctrina jurisprudencial [la de la STS de 23 de enero de 2019], que esta Sala había asumido, modificando su

criterio anterior de nulidad, consideramos que ha sido matizada de un modo relevante por la contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020».

Llegados a este punto, se presenta ante el TS otro recurso de casación frente a una sentencia de instancia que había considerado abusiva la cláusula de comisión de apertura. Ante este nuevo recurso el TS no puede ahora limitarse a reiterar el hilo argumental mantenido en su sentencia anterior de 2019, pues está obligado a resolver en congruencia con la interpretación mantenida por el TJUE en su sentencia de julio de 2020. Sin embargo, antes de proceder a la revisión de su doctrina, el propio TS decide elevar una nueva cuestión prejudicial y esperar a la respuesta dada por la Corte Europea para resolver el caso, movido por algunas inconsistencias que detecta en la formulación de la cuestión planteada por el Juzgado de Palma, singularmente la relativa al contexto normativo. La cuestión elevada por el TS se suma a otras dos planteadas por distintos órganos jurisdiccionales, que se agrupan con aquella para su resolución conjunta mediante la STJUE de 16 de marzo de 2023 (C-565/21).

En lo esencial, tres son las cuestiones que se suscitan y sobre las que da cuenta posteriormente la sentencia comentada de mayo de 2023. La primera afecta a la línea de flotación del argumentario generado por el TS en su primera sentencia de enero de 2019, pues reside en la posible inclusión de la comisión de apertura en el objeto principal del contrato. Y en este punto la Corte Europea se pronuncia con una claridad meridiana, reiterando algo que ya había anticipado en su primera sentencia, pero ahora tras haber tenido a su disposición una versión completa de la normativa española:

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que, a la vista de la normativa nacional que preceptúa que la comisión de apertura retribuye los servicios relacionados con el estudio, la concesión o la tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros servicios similares, considera que la cláusula que establece esa comisión forma parte del «objeto principal del contrato» a efectos de dicha disposición, por entender que tal comisión constituye una de las partidas principales del precio.

Después de esto no es posible seguir manteniendo la tesis del objeto principal del contrato para sustraer la cláusula del control de abusividad (art. 4.2 Dva. 93/13/CEE). Y, en consecuencia, la STS de 29 de mayo de 2023 adopta y hace suyo de forma manifiesta el nuevo criterio de interpretación: «En este particular nuestra jurisprudencia debe ser modificada, en el sentido de que, al no formar parte la comisión de apertura de los elementos esenciales del contrato, en los términos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, puede ser objeto de control de contenido (abusividad) aunque sea transparente». Decae con ello el que habíamos denominado leitmotiv o idea fuerza de la STS de 23 de enero de 2019.

Además, el TJUE responde del siguiente modo a las otras preguntas planteadas por el TS en referencia al control de transparencia y al control de contenido: «Para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que estipula el pago por el prestatario de una comisión de apertura, el juez competente deberá comprobar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, que el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen» (control de transparencia); y que la comisión de apertura «puede, en su caso, no causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, con la condición de que la posible existencia de dicho desequilibrio sea objeto de un control efectivo por el juez competente de conformidad con los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (control de contenido).

En definitiva, no cabe partir del presupuesto de que la comisión de apertura es de carácter transparente y, además, *per se* inocuo para el consumidor. Debe haber una constatación expresa de ambos extremos a partir de una investigación proactiva del juzgador.

En este punto, el TS lleva a cabo un repaso de los criterios emanados por la jurisprudencia de la Corte Europea sobre la cláusula de apertura — «o conceptos afines denominados de otra forma en otros ordenamientos» — para reconstruir su relato, llegando en esencia a las siguientes conclusiones.

En punto a la transparencia, el TS insiste en que la misma queda garantizada por el cumplimiento de la regla de la unicidad específicamente establecida para la comisión de apertura y que, por consiguiente, *no es necesario dar cuenta detallada de los servicios efectivamente prestados en la fase de estudio y concesión del préstamo*. Para ello se apoya en la dicción de varias sentencias del TJUE, que adoptan un criterio presuntivo de licitud, en especial la de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17), según la cual: «el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia establecido en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto»; y la Sentencia de 3 de septiembre de 2020 (TJCE 2020, 183), a cuyo tenor: «el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la ‘comisión’ o los ‘gastos de apertura’».

Además, de dicha jurisprudencia el TS deduce que, para determinar que la cláusula en cuestión no supera el control de contenido, debe atenderse básicamente a la comprobación de dos extremos: «(i) que no pueda considerarse razonablemente que los servicios proporcionados como contrapartida se prestan en el ámbito de las

prestaciones antes descritas; o (ii) que el importe que debe abonar el consumidor en concepto de dicha comisión sea desproporcionado en relación con el importe del préstamo».

Y es aquí donde el TS aplica la doctrina extraída al caso concretamente enjuiciado:

Respecto a la información relacionada con la normativa nacional, a la que hace referencia el apartado 42 de la sentencia del TJUE, los requisitos de transparencia de la comisión de apertura que exigía la normativa bancaria que regía en la fecha del contrato (apartado 4.1 del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios) eran los siguientes: (i) la comisión debía comprender todos («cualesquiera») los gastos de estudio, concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo; (ii) debía integrarse obligatoriamente en una única comisión, que tenía que denominarse necesariamente «comisión de apertura»; (iii) dicha comisión se devengaría de una sola vez; y (iv) su importe y su forma y fecha de liquidación debían estar especificados en la propia cláusula. Todos estos parámetros se cumplen en el caso de la cláusula litigiosa. Además, en la escritura pública consta que la entidad financiera había entregado a los acreditados un ejemplar de las tarifas de comisiones y el notario dio fe de que las condiciones financieras de la oferta vinculante eran coincidentes con las del documento público, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición de los consumidores, para su examen en la notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

Para determinar si los servicios retribuidos mediante la comisión de apertura son precisamente los que corresponden a la concesión del préstamo y no cualesquiera otros que hayan sido retribuidos ya mediante otras comisiones o intereses, descartándose la producción de solapamientos o la duplicidad de comisiones, el TS hace un análisis comparativo de los conceptos cubiertos por la apuntada comisión con los que se dicen satisfechos por otras distintas, y llega a una conclusión negativa:

No hay solapamiento de comisiones por el mismo concepto, ya que del examen de la escritura pública no consta que por el estudio y concesión del préstamo se cobrara otra cantidad diferente. En el documento figuran otras comisiones, pero por conceptos distintos y claramente diferenciados, tanto en su ubicación como en su enunciado, cuales son la comisión por subrogación, la comisión de reclamación de impagados, la comisión de compromiso sobre la parte de crédito no dispuesta o la comisión por amortización anticipada.

Se aferra, por consiguiente, a su afirmación de partida de que no es necesario que la entidad acredite la prestación de tales servicios, mediante una descripción detallada de los mismos y de su coste concreto. Se limita a descartar la existencia de un solapamiento con otras comisiones, utilizando de este modo un criterio negativo de determinación de la abusividad, es decir, si los servicios que razonablemente se entienden incluidos en la comisión de apertura no se retribuyen por ninguna otra comisión, no hay duplicidad y, por tanto, la exacción no es abusiva.

Finalmente, respecto al carácter proporcionado del importe de la comisión llega a la siguiente consideración: «Con todas las cautelas que supone tener que examinar este requisito sin incurrir en un control de precios, no parece que una comisión de 845 € sobre un capital de 130.000 € sea desproporcionada, en cuanto que supone un 0,65 % del capital. Según las estadísticas del coste medio de comisiones de apertura en España accesibles en internet, dicho coste oscila entre 0,25 % y 1,50 %», si bien no indica ni aclara cuál es la fuente de la que obtiene una información tan relevante para la resolución del caso.

De todo lo anterior, concluye el TS que «en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva», lo cual le lleva a estimar el recurso de casación planteado por la entidad frente a la sentencia de la Audiencia estimatoria de la demanda, en lo relativo a la validez de la cláusula por la que se establece la comisión de apertura, habida cuenta de que, a juicio del alto Tribunal, la sentencia de instancia había limitado su análisis al hecho de que no se había justificado en el caso en qué consistieron los servicios que pretendían haberse retribuido con la comisión de apertura, «lo que, como hemos visto, ha sido descartado expresamente como requisito de validez por el TJUE».

Por el momento, los nuevos criterios establecidos por esta última sentencia han sido acogidos y aplicados por las sentencias de las audiencias, en términos casi idénticos, utilizando incluso el parámetro esgrimido por el alto Tribunal para determinar el carácter proporcionado del importe de la comisión, de contornos poco claros.

Así, por citar alguna de las sentencias recientes, se puede traer a colación la SAP, Salamanca, de 17 de julio de 2023:

En el contrato de préstamo se sitúa dentro de la horquilla media del mercado señalada por el Tribunal Supremo (0,25 % y 1,50 % del total del capital prestado), liquidándose de una sola vez y constando la misma en la escritura pública de la que da fe pública el notario autorizante, acreditando que es coincidente con las condiciones financieras de la oferta vinculante, así como que el proyecto de escritura había estado a disposición del prestatario para su examen en la notaría durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura, ha de concluirse que la cláusula relativa a la comisión de apertura era fácilmente comprensible para el consumidor, pudiendo ser conocida por ésta la carga económica que supone, sin que exista solapamiento con otras comisiones por el mismo concepto. En consecuencia, advertido que la comisión de apertura resultó transparente y no abusiva, según los nuevos parámetros establecidos por el Tribunal Supremo debe estimarse el recurso de apelación para revocar la sentencia de instancia y, en consecuencia, desestimar íntegramente la demanda.

Con todo, atendiendo a los anteriores vaivenes que ha dado la jurisprudencia en este punto, y la existencia de una jurisprudencia menor discrepante y partidaria de aplicar con carácter general la regla de la efectividad del servicio prestado, no sería de extrañar, en absoluto, que vivamos otros episodios en los que se someta a nueva revisión lo hasta ahora establecido.

En este sentido, debe destacarse que el «contexto normativo» actual no es exactamente idéntico al anterior, pues hay ahora un sutil matiz que puede inducir a reinterpretar la relación existente entre las dos reglas descritas.

En la Sentencia de 29 de mayo de 2023, el TS confiere a la regulación contenida en la Ley 5/2019 en una interpretación análoga a las normas que anteriormente regían la cuestión, citando dos de sus reglas contenidas en el art. 14, habida cuenta de que se mantiene su tratamiento separado:

3. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse.
4. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad de la prestamista ocasionada por la concesión del préstamo [...].

Sin embargo, nótese que no se establece ahora ninguna relación expresa de excepción de la regla de la unicidad, aplicable a la comisión de apertura, respecto a la regla general del carácter efectivo del servicio prestado. Sencillamente, ambas reglas aparecen yuxtapuestas en los párrafos 3 y 4 del precepto. De ello se podría deducir que la regla contenida en el 3.º se configura como exigencia general de licitud, referida al control de contenido («Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones...»), a la que debe añadirse en el caso de la comisión de apertura una exigencia adicional, más relacionada con la transparencia, la establecida en el apartado 4.º. A esta interpretación podría conducir igualmente el hecho de que la propia Ley 5/2019 haya reformado el antes citado apartado 2 del art. 5 de la Ley 2/2009, haciendo desaparecer la excepción al principio de efectividad que la norma parecía establecer en relación con la comisión de apertura.

Rafael MARIMÓN DURÁ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat de València
Rafael.Marimon@uv.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 19 de abril de 2023

LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa (propia o de tercero) se encuentra recogida en el artículo 20 del vigente Código Penal, en su número 4. Una causa de justificación reconocida doctrinalmente, donde el Derecho autoriza, como nos indica el propio Tribunal, a quien es víctima (en el caso de la legítima defensa propia) de una agresión ilegítima, que compromete —lesiona o pone en peligro— a su persona o bienes, a reaccionar protagonizando una conducta típica (pero no antijurídica), siempre y cuando, esto sí, pueda identificarse la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión; y siempre que ésta, la agresión ilegítima, no fuera el resultado de una provocación por parte del defensor.

Todo ello tiene una trascendencia jurídica en la conducta de quien así actúa, pues al ser autorizada por el Derecho, y por tanto legítima, frente a ella, no cabría el empleo, a su vez, de la defensa legítima y de que, por justificada, tampoco daría lugar a indemnización alguna en favor del finalmente perjudicado (artículo 118.1 del Código Penal).

1. HECHOS PROBADOS

El Juzgado de Instrucción número 7 de Granada, incoó procedimiento de Jurado número 3/2020 por presunto delito de asesinato, seguido contra Dionisio. Una vez conclusas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Granada que incoó procedimiento del Tribunal de Jurado número 4/2021 y, con fecha 14 de febrero de 2022, dictó Sentencia número 66, donde se establecieron, en resumen, los siguientes hechos probados:

El acusado, de sesenta y cinco años, se encontraba el día 10 de marzo de 2020 en compañía de su amigo, Felicísimo, que contaba con 77 años, en la finca propiedad de Felicísimo. Sobre las 12 horas se dirigen a un riachuelo próximo al lugar. Cuando llegaron al mismo apareció por la otra orilla D. Óscar, de 47 años, dueño con otros familiares de una parcela vecina. Como quiera que a Óscar le desagradó la presencia del acusado y de Felicísimo en el lugar, atravesó el cauce del riachuelo, dirigiéndose a la orilla en la que aquellos estaban. Llevaba Óscar consigo en la mano un palo de madera de grandes dimensiones. Y llevaba también un hacha y un machete, dentro de su funda, al cinto ambos instrumentos. Iniciada la discusión entre los tres, recriminándose Óscar que habían «invadido sus tierras» (extremo este, la invasión del terreno de Óscar que, en cuanto tal, no se considera explícitamente probado), «[e]n fracciones de

segundo, Óscar se encaró con *Felicísimo* y le propinó un empujón que le hizo caer al suelo, donde quedó aturdido».

Ya en ese momento el acusado portaba consigo un arma corta de fuego, para cuya posesión carecía de la oportuna licencia. No obstante, resolvió no hacer uso de ella, ni exhibirla siquiera, tomando la decisión, sin auxiliar en ese momento a su amigo, de marcharse rápidamente del lugar («el acusado optó por huir», proclama el relato de hechos probados de la sentencia impugnada). Sin embargo, Óscar le persiguió, de lo que el acusado se dio cuenta cuando llevaba ya caminados unos cincuenta metros, observando que «se le acercaba corriendo, empuñando el palo de madera en actitud agresiva». A unos cien metros del lugar en el que se había producido el primer encuentro «el acusado se detuvo en una explanada», alcanzándole Óscar. «En ese momento, Óscar tiró el palo, debió sacar en algún momento el hacha, y estando ambos frente a frente; Óscar trató de sacar el machete que llevaba enfundado al cinto, momento en que el acusado, temiendo por su vida o ser gravemente herido, impulsado por la necesidad de defenderse del inminente ataque, sacó una pistola que habitualmente llevaba consigo y con el propósito de causar la muerte a Óscar, efectuó un disparo contra él a una distancia de entre un metro a metro y medio, disparo que alcanzó a Óscar en la cabeza», produciéndole fatalmente la muerte.

La sentencia dictada en primera instancia, después de dar cuenta, en su fundamento jurídico segundo, de las razones y elementos de prueba que tuvo el colegio de jurados para considerar que, «encontrándose los dos cara a cara y aproximadamente a un metro, Óscar arrojó el palo e intentó sacar de su funda el cuchillo de monte que llevaba al cinto, ante lo cual el acusado sacó la pistola que llevaba en el bolsillo y disparó contra Óscar», y después de observar, ya en el fundamento jurídico tercero, que quien resultó finalmente víctima de los hechos persiguió al acusado armado «con un palo de madera maciza (cuyas generosas dimensiones y dureza pudo comprobar el Tribunal, Magistrada-Presidente incluida, al examinarlo durante el juicio), un hacha de tamaño más que regular (también comprobado en juicio) y un machete al cinto, en una actitud no precisamente amistosa sino claramente violenta que culminó cuando le dio alcance tirando el palo, sacando el hacha y haciendo amago en fin de desenfundar el cuchillo de monte»; explica, por lo que ahora en particular importa, que el colegio de jurados consideró desproporcionada esa reacción defensiva ya que, a su entender, existían «diferentes alternativas de actuación».

Seguidamente, la magistrada que presidió el Tribunal de Jurado, tras describir, ilustrando con citas jurisprudenciales, los elementos que conforman la circunstancia eximente de legítima defensa, admite, obviamente, que el colegio de jurados no da explicación alguna, en la motivación de su veredicto, acerca de cuáles pudieran ser aquellas «diferentes alternativas». Sin embargo, considera que las mismas resultan «perfectamente imaginables para cualquiera». Y, a continuación, las concreta:

[A]unque la posibilidad de huir de nuevo era racionalmente descartable y humanamente inexigible al acusado puesto que ya lo había intentado en vano sin haber podido evitar que el otro le diera alcance tras la carrera, y aunque el único medio que poseía el acusado para defenderse de la inminente agresión con el machete era el arma de fuego que

llevaba consigo, pudo hacer uso de la pistola de otras varias maneras menos dañosas que tirar a matar: desde sacar el arma para exhibirla en tono de advertencia, pasando por hacer algún disparo intimidatorio al aire hasta abrir fuego contra otras partes del cuerpo de la víctima menos vitales que la cabeza, como tirarle a los pies o las piernas, un brazo, un hombro..., pues la corta distancia a la que se encontraban permitía afinar la puntería al acusado que, no olvidemos, había sido poseedor de armas de fuego largas y una corta con licencia hasta que la perdió unos años atrás.

El Tribunal Superior de Justicia respalda estas consideraciones, rechazando las protestas de la defensa del acusado, en ese momento apelante. La sentencia que es ahora objeto de recurso explica, después de admitir también que el colegio de jurados no detalla, en la explicación de su veredicto, cuáles fueron las otras alternativas de las que el acusado habría dispuesto, que ello no resultaba necesario. Y esto porque «a la vista de las circunstancias que considera probadas, resultarían lógicas al común de los mortales, como hubiera podido ser huir hasta colocarse fuera del alcance de Óscar o en caso de que no hubiera podido, sacar el arma sólo para amenazar, e incluso dirigir el disparo al aire para atemorizar a Óscar (el tiempo empleado para ello no implica por sí solo un exceso de riesgo) o en último extremo efectuar el disparo a zona no vital». Para seguidamente observar:

No se trata, como sostiene la defensa, de que el acusado tuviera que soportar el riesgo, sino que, ante este, su actuación y los medios empleados fueron clara y objetivamente desproporcionados, así como la forma de usar el arma de fuego (pistola) que previamente portaba, efectuando un disparo contra Óscar a una distancia de entre 1 metro, y metro y medio, dirigido a la cabeza, a la zona temporal izquierda del cráneo, por donde penetra el proyectil en dirección ligeramente de arriba abajo y hacia atrás, causando la muerte de forma instantánea.

Respecto a los hechos probados, el propio Tribunal nos indica que, de manera precisa y con sólida argumentación de apoyo, el colegio de jurados, expresando las razones que les determinaron a tener por acreditados unos hechos y por no acreditados otros, establece la forma y el contexto en los que se produjo la agresión ilegítima; e igualmente describe, con el preciso detalle, el modo en el que el aquí acusado, actuando tal y como se proclama en su propia defensa, reaccionó.

Es a partir de este momento donde comienza lo que consideramos una argumentación jurisprudencial de suma importancia, pues el alto Tribunal considera que, si la respuesta del acusado resultó ser o no proporcionada, en ningún caso puede ser reputada como un hecho, ni en los aspectos objetivos ni en los subjetivos que conforman la realidad fáctica del suceso, sino como resultado de una valoración (normativa) que, naturalmente, depende o resulta de aquellos. Lo que permite a la defensa alzarse contra la resolución impugnada por el canal que habilita el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actuando correctamente, al no cuestionar los hechos probados, reservándose el análisis de la proporcionalidad de ésta en la fundamentación jurídica de la sentencia (aspecto material en cuestión).

Como hemos indicado al inicio, centrémonos en este aspecto y en el cuestionamiento del alto Tribunal, sobre el juicio valorativo que determinó la aplicación de la causa de justificación como incompleta, ante la proclamada falta de necesidad racional del medio empleado para la defensa.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Nos centraremos en la necesidad racional del medio empleado y al respecto en una serie de párrafos de la sentencia, que han sido comentados en diversos foros —no sólo jurídicos—, pues constituyen el nudo gordiano de la cuestión sometida a enjuiciamiento por tan alto Tribunal y lo que atisbamos como el inicio de una importante jurisprudencia sobre el uso del arma de fuego ante agresiones utilizando armas blancas u objetos peligrosos. Veamos dichos párrafos:

En cualquier caso, ni siquiera esa mera comparación entre las distintas armas en concurso resulta tan simple como pudiera parecer a primera vista. Es muy cierto, desde luego, que un impacto de bala, con carácter general (aunque no indefectiblemente), puede resultar más lesivo que una cuchillada, ambos golpes recibidos en el mismo lugar del cuerpo. Y, sin duda alguna, el alcance ofensivo del arma de fuego es mayor. Sin embargo, no es preciso imbuirse en manuales relativos a las técnicas de combate o en los que se cuidan de abordar las intervenciones policiales, para comprender que un arma punzante, a corta distancia de la víctima (incluso aun cuando ésta disponga de un arma de fuego, ya cargada y lista para disparar), comporta una situación de riesgo grave para la vida si quien la porta, está decidido a emplearla en el ataque. De hecho, la recomendación que encontraremos en ambas clases de estudios, lejos de aconsejar encarar al agresor con el arma de fuego, pasa por tratar de imponer entre el agresor y el atacado una distancia de seguridad suficiente. Se maneja en este contexto la llamada regla de Tueller (en recuerdo del sargento norteamericano que la enunció) o de los 21 pies (6.4 metros). Esta era la establecida como distancia mínima para tener posibilidades defensivas eficaces con un arma de fuego, enfundada y lista para hacer un disparo, frente a un ataque con arma blanca.

[...]

Nuevamente en el ámbito de las técnicas policiales y militares, resulta de uso corriente el manejo del concepto «estrés del combate», que viene a describir la presencia de un conjunto de síntomas fisiológicos (entre ellos, no solo, el conocido como «efecto túnel»), que limitan y entorpecen las posibilidades defensivas, síntomas frente a los que tratan de adiestrarse quienes profundizan en dichas técnicas.

3. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO

El bien jurídico que se defiende es la propia vida o la integridad física (posibles lesiones graves o muy graves). El ordenamiento jurídico no puede imponer a quien se ve

ilegítimamente agredido en esos términos renunciar a la eficaz defensa, aunque ésta, a su vez, comprometa seriamente iguales bienes jurídicos titularidad del atacante. Y es aquí donde nos surge una importante cuestión: ¿Qué se entiende por eficaz defensa?

Para empezar, es necesario analizar el contexto en el que el acusado se encontraba. Una situación que, como indica el Tribunal, supone un conjunto de síntomas fisiológicos que limitan y entorpecen las posibilidades defensivas de quien así atacado observa que su vida está en serio e inmediato peligro. Recordemos la apremiante situación de quien, para proteger su vida, ante un ataque de armas blancas como son el hacha y el machete, decide hacer uso del arma de fuego, cuando su agresor se hallaba a una distancia de un metro o metro y medio.

Respecto a la necesidad del medio empleado para la defensa no puede consistir en una simple comparación entre la potencial lesividad del medio empleado en el ataque y el que el defensor utiliza para impedirlo o repelerlo. Entre otras razones, lo deja muy claro el alto Tribunal, por lo común, el defensor no dispondrá de una panoplia de herramientas a su alcance entre las que escoger la más parecida a aquella de la que el agresor se vale; ni, también por lo común, del tiempo necesario para ponderar las cualidades de unas y otras hasta decantarse por la finalmente elegida.

Si bien es cierto que el colegio de jurados estimó que la defensa no fue del todo proporcionada, no explicó de qué otras alternativas, eficaces para proteger su vida, habría dispuesto y desechado. La magistrada presidente del Tribunal del Jurado y después, resolviendo el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Justicia lo hicieron, aunque con razonamientos que el Tribunal Supremo no compartió.

Y no compartió porque, como el propio Tribunal nos indica, la huida no es comportamiento exigible a quien resulta ilegítimamente agredido, conforme a una doctrina jurisprudencial que hunde en el tiempo sus raíces, lo que hacía, como observaba ya en la sentencia dictada en primera instancia, la posibilidad de huir de nuevo racionalmente descartable y humanamente inexigible al acusado.

Descartada la huida, la resolución impugnada acude a otras alternativas en la defensa: «sacar el arma solo para amenazar», «dirigir el disparo al aire para atemorizar a Óscar». Pero, como indica el alto Tribunal, pese a mostrar el arma de fuego que portaba, —lo que necesariamente hubo de suceder antes del disparo—, ello no detuvo a Óscar que, al contrario, siguió avanzando hacia Dionisio, después de tirar el palo y mientras trataba de desenfundar, con finalidad ya inequívoca, el machete que portaba al cinto y cuando el agresor se hallaba a no más de metro y medio de Dionisio.

Finalmente, se reprocha al acusado no disparar a una zona distinta, potencialmente menos lesiva, del cuerpo del agresor, a «zona no vital». De nuevo el alto Tribunal indica que para ello serían necesarias dos circunstancias adicionales, que en el caso concreto analizado estaban ausentes. En primer lugar, resultaría preciso que el tirador se encontrara en una situación de estabilidad o control emocional, de equilibrio, ajeno e incompatible con la presión que —no hace falta insistir en ello, por su obviedad— provoca la posibilidad, cierta e inminente, de perder la propia vida. No podemos comparar esta situación con aquella que supone un ejercicio de tiro sobre una diana o sobre un

objetivo estático. Lo que lleva a deducir al Tribunal que es fácilmente comprensible, en dicha situación, que el acusado se agachara parcialmente cuando trataba de desfundar el machete, lo que podría haber ocasionado que el proyectil describiera una trayectoria «ligeramente de arriba abajo». Incluso si se hubiera conseguido un disparo a otras zonas del cuerpo, no impide que también le hubiera ocasionado una muerte inmediata. Incluso las descritas por la sentencia impugnada nada garantizan, con una alta probabilidad de que dicho disparo hubiera conseguido detener el ataque. En este punto ha quedado acreditada la ya extrema proximidad que existía entre ambos.

A juicio del alto Tribunal, concurren en la conducta de Dionisio todos los elementos que conforman la causa de justificación prevista en el número 4 del artículo 20 del Código Penal. Debíó ser absuelto. Estimado el recurso de casación es absuelto.

4. CONCLUSIONES

Para finalizar, considero que nos encontramos ante una sentencia que reúne todos los requisitos para generar un debate académico productivo y enriquecedor. Prueba de ello, y así lo hemos destacado en los fundamentos de derecho, ha sido la introducción de conceptos que venían reclamándose de otras ciencias como las policiales. Conceptos como «regla de Tuller», «estrés de combate» y «efecto túnel», «manuales relativos a las técnicas de combate o en los que se cuidan de abordar las intervenciones policiales», el «ámbito de las técnicas policiales y militares», «zona no vital» han sido introducidos, junto con una argumentación jurídica heredera de una base jurisprudencial y doctrinal, en una sentencia que ha permitido la absolución de una persona, aplicando la eximente completa de legítima defensa. Rebatando así el dictamen de dos tribunales que consideraron que la eximente incompleta era la más adecuada.

Una sentencia de referencia que, por su carácter innovador anteriormente indicado, es extrapolable a otra eximente como la de obrar en cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Especialmente en lo referente a la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa.

Una sentencia, en definitiva, que muestra la capacidad de jueces y tribunales de aplicar un ordenamiento jurídico que cuenta con las herramientas necesarias para hacer frente a conflictos tan complejos como los que atañen al derecho penal.

Manuel CASTILLO MORO
Capitán Guardia Civil. Jefatura de Enseñanza
Doctor en Derecho. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología
Doctorando en Ciencias Forenses por la UAH
Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Lorigademmanuel@gmail.com

Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2023, de 20 de febrero de 2023 por la que se resuelve recurso de amparo

1. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Como bien es sabido, el recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución Española al Tribunal Constitucional, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30.2 de la Constitución. A tenor del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la admisión de un recurso de amparo se prevé cuando concurra el necesario requisito de especial trascendencia constitucional para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En efecto, en el recurso de amparo que nos entraña la trascendencia constitucional se acredita en tanto que la pretensión que se deduce da forma y responde la siguiente cuestión ¿puede verse limitado el derecho de defensa (art. 24.2 CE) en el transcurso de una investigación sometida a secreto de sumario (art. 302 LECrim) El *quid* de la cuestión que interesa al lector se haya en esta tesitura en la medida en la que el demandante denuncia la vulneración de sus derechos —derecho de defensa (art. 24.2 CE) y derecho a la libertad personal (17.1 CE) en tanto se le ha denegado el derecho de acceso a los elementos fundamentales para impugnar la prisión provisional.

2. ANTECEDENTES

En el marco de unas diligencias previas secretas se acordó la prisión provisional del recurrente por el Juzgado de Instrucción núm. 8 de Valencia. Tras esto se denegaron tres solicitudes de modificación de la medida cautelar, aludiendo en todas ellas la ausencia de información sobre los indicios tenidos en cuenta para adoptar la medida cautelar privativa de libertad dado que se mantiene el secreto. Una situación que para cualquiera supondría la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de armas.

Tras una cuarta petición de modificación de la medida cautelar denegada por auto de 18 de enero de 2019, habiendo transcurrido siete meses desde el ingreso en prisión preventiva, se insta por la defensa solicitud de acceso a los documentos y archivos que han determinado la prisión. Alegando los arts. 17, 24,1 y 24.2 CE; el art. 302 y art. 505.3 LECrim; así como la Directiva 2012/13 UE relativa al derecho a la información en

los procesos penales. Tal petición fue considerada en contradicción con la declaración de secreto sumarial, a lo que la defensa planteó recurso de apelación frente al auto que rechaza dar acceso a las actuaciones. Fue desestimado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia por auto de 19 de febrero de 2019, alegando las siguientes razones:

- La prevalencia de un secreto de las actuaciones legítimamente acordado
- La posibilidad de ejercer posteriormente el derecho de defensa
- La previa información verbal sobre los hechos imputados
- La imposibilidad de entregar solo una selección de documentos del expediente

De manera que, las partes a lo que se suma el Ministerio Fiscal solicitan el amparo de los derechos vulnerados fruto de la denegación del acceso a los elementos de prueba fundamentales para impugnar de manera efectiva la privación de libertad. De ser así, se habría procedido a una privación de libertad sin respetar la legalidad de lo dispuesto en los artículos 505.3 y 302 LECrim.

La estrategia de la defensa se fundamenta en el tenor del artículo 17.1 CE en tanto dispone que *nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de los establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*. Aduciendo la falta de previsión del contenido de los arts. 505.3 y 302 LECrim, pues no se ha dado acceso al núcleo esencial de las actuaciones, el cual considera inmune al secreto sumarial, vulnerando de esta forma tanto el art. 17.1 CE como el art. 24.2 CE.

3. EL DERECHO DE ACCESO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LAS ACTUACIONES DEL PRIVADO CAUTELARMENTE DE LIBERTAD

¿En qué deriva el derecho de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones del privado cautelarmente de libertad?

- a) El catálogo de derechos del detenido o preso comprende un especial rigor informativo al tenor del art. 520.2 LECrim. Entre estos derechos se encuentra el *derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad* (apartado d), que actúa como garantía instrumental del derecho a la información previsto en la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales (cuyo traslado a la legislación nacional es el resultado del artículo 520). Junto al derecho de información y acceso que, corresponde a toda persona investigada o acusada (art. 118.1 LECrim), se presentan una serie de garantías legales específicas cuando se trata de un detenido o preso (art. 520.2 LECrim). Esto es, para privar cautelarmente de libertad a un investigado, deben observarse esas garantías específicas, de no ser así,

se lesiona el derecho a la libertad personal al no haberse producido esa privación con la observancia de lo establecido en las disposiciones legales. El derecho a la información y el derecho de acceso, funcionan ambos como garantías del derecho de defensa frente a las privaciones cautelares de libertad y sirven a la finalidad última de proteger contra privaciones de libertad arbitrarias, esto es, proteger el derecho a la libertad personal.

- b) Sin embargo, ambos derechos (información y acceso) pueden verse limitados temporalmente en virtud del secreto de las actuaciones, como reconoce el art. 7.4 de la Directiva 2012/13/UE y su correlativo el art. 302 LECrim. ¿Sin ninguna excepción? Tal y como señala el Tribunal, cuando se trata de un investigado en situación efectiva de privación de libertad se excluye la posibilidad de restringir temporalmente el específico derecho de conocimiento sobre los hechos que se imputan, así como el acceso a los elementos de las actuaciones esenciales para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad —SSTC 21/2018, FJ8— en atención a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 505.3 y el art. 527.1d) LECrim.

En particular, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad —STC 83/2019, FJ 6 c)—. Esta garantía no otorga, como puede observarse, un derecho de acceso pleno al contenido del expediente, sino que, se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad.

- c) En el concreto caso que nos ocupa, el argumento de prevalencia del secreto sumarial no resulta aceptado por el Tribunal, por cuanto la garantía de información y acceso consagrada en los arts. 520.2 d) y 505.3 LECrim en relación con el art. 302 LECrim constituye un derecho no susceptible de restricción temporal por la declaración de secreto como sí pueden serlo otros aspectos del derecho de defensa.
- d) Por último, no basta para satisfacer el contenido de garantía del acceso con la información verbal de los hechos imputados. La garantía de información implica, a su vez, que la persona detenida o presa debe ser informada por escrito, tal y como dispone el art. 520.2 LECrim.
- e) Respecto al ámbito temporal, la defensa no pidió la entrega de los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la prisión provisional al tiempo de adoptarse esta ni en las tres peticiones sucesivas de revisión. Se solicita más de siete meses después. La finalidad de la garantía de acceso estriba en fortalecer el derecho de defensa del investigado frente a privaciones cautelares de libertad, con el objetivo último de evitar medidas arbitrarias. En esta lógica, tanto los arts. 520.2 d) y 505.3 LECrim, como el art. 7.1 de la Directiva, establecen el acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado sin limitaciones temporales. Esta consideración deriva del hecho de que las medidas cautelares personales se adoptan y desenvuelven en un contexto de provisionalidad, y por tanto mutable, no constituyen situaciones

jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, de modo tal que los autos de prisión y libertad provisionales son reformables, durante todo el curso de la causa. En concreto, el mantenimiento de la prisión provisional como injerencia legítima en el derecho a la libertad va actualizando sus bases y pautas de control, de modo que lo que fue suficiente en un inicio para acordar la medida puede no serlo posteriormente y así debe de poderlo hacer valer el investigado preso.

De manera que, en consonancia con la evolución de las circunstancias procesales y el transcurso del tiempo, se determina que el privado de libertad pueda solicitar la entrega de los materiales en que se apoye la medida en cualquier momento del procedimiento que le permita evaluar la cobertura legal de la prisión provisional. Así sucedió en el presente caso, donde se solicita el acceso a los elementos esenciales para *para poder ejercitar una defensa efectiva* frente a la prisión provisional, acordada más de siete meses atrás en una causa que ha permanecido secreta en todo momento.

4. CONCLUSIÓN

Esta ha sido una oportunidad para el tribunal que le permite avanzar en la progresiva definición del derecho de acceso a las actuaciones y, específicamente en su dimensión temporal, cuando la solicitud de acceso a las actuaciones esenciales para impugnar eficazmente la prisión provisional acordada en una causa declarada secreta, no se ha solicitado previamente.

El Tribunal Constitucional resuelve el presente recurso de amparo, considerando que no se ha respetado la garantía legal de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones para impugnar la prisión provisional, siendo el acceso imprescindible para una defensa frente a la privación cautelar de libertad. En este caso ni el recurrente ni su letrado han tenido oportunidad de tomar conocimiento de las actuaciones en que se asienta la medida cautelar personal para alegar eficazmente sobre la legalidad de su mantenimiento ante el juez instructor o al formular el recurso de apelación. De manera que, constata vulnerado el derecho a la libertad personal por mantenerse la prisión sin observancia de la forma prevista en el ordenamiento (art. 17.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE) por falta del debido acceso, restableciendo bajo la presente sentencia ambos derechos vulnerados.

Celia CARRASCO PÉREZ
Contratada Predoctoral FPI
Área de Derecho Procesal
Universidad de Burgos
ccperez@ubu.es

Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2023. Núm. 139

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL (ACCESO AL RECURSO)

El 12 de junio de 2023, se difunde en el Boletín Oficial del Estado la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2023, fechada el 8 de mayo de 2023. Nos hallamos inmersos en un proceso complejo con implicaciones procesales vinculadas a la tutela judicial efectiva. Surge una interpretación errónea por parte de la letrada de la administración de justicia en el procedimiento. En esta sentencia, se cuestiona un proceso de ejecución hipotecaria y se plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso al recurso): resoluciones de la letrada de la administración de justicia que impiden impugnar en reposición la decisión judicial que rechazaba tenerla por emplazada y parte en el procedimiento ejecutivo (STC 208/2015).

Previo a examinar los antecedentes que condujeron al fallo del Tribunal Constitucional, resulta crucial comprender la vulneración del derecho que alega la parte demandante: la vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso al recurso) y la infracción de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La primera pretensión alegada es la violación del Artículo 24.1 de la Constitución Española. Específicamente, se hace hincapié en el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a ser parte y presentar alegaciones, así como el derecho a un proceso justo, conforme a los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 24.1 de la CE. Sin embargo, en el presente caso, la entidad jurídica solicitante de amparo constitucional no ha experimentado este trato justo.

La segunda alegación es la presunta violación de lo que se señala en Art.13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre la «intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados». Este artículo establece que podrá admitirse como demandante o demandado aquel que demuestre tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En este caso, la parte demandante pretende tener un interés legítimo en el procedimiento, ya que sus derechos de tanteo y retracto, reconocidos mediante un contrato del 30 de diciembre de 2016 sobre los bienes sujetos al proceso de ejecución hipotecaria, podrían resultar afectados.

Para una mejor comprensión el fallo del Tribunal, debemos mencionar, cuales han sido los antecedentes de este caso.

En términos concisos, el recurso tiene su base en los siguientes antecedentes:

- La entidad justifica su interés en un proceso de ejecución hipotecaria con base en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Argumenta que, como demandante, posee un interés legítimo en participar en el proceso, ya que sus derechos de tanteo y retracto, reconocidos mediante un contrato celebrado el 30

de diciembre de 2016 con la entidad ejecutada, podrían resultar afectados por el procedimiento de ejecución hipotecaria. La demanda sostiene que se vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española), ya que las diversas diligencias de ordenación carecen de fundamentación y le impiden el acceso a la justicia.

- El demandante, solicita ser reconocida como parte en el procedimiento de ejecución hipotecaria, respaldándose en el artículo 13 de la LEC y fundamentando su interés legítimo en el proceso debido a la posible afectación de sus derechos derivados del contrato celebrado en 2016 con la entidad ejecutada. No obstante, dicha solicitud es desestimada sin una justificación jurídica adecuada, según las alegaciones del demandante.
- Las múltiples solicitudes de reposición presentadas en el pie de recurso enfrentan el mismo destino. Se han considerado como no presentadas, argumentando que, la entidad recurrida no tiene la condición de parte en el procedimiento y señalando que se puede interponer un recurso de reposición contra la misma.
- El 26 de abril de 2021, se presentó por escrito un incidente de nulidad de actuaciones invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Se argumentó que las diversas diligencias de ordenación carecían de fundamentación, lo cual impedía el acceso al recurso de reposición indicado en el auto del 27 de noviembre de 2020. La letrada de la administración de justicia no reconoció la condición de parte en el procedimiento mediante la diligencia de ordenación del 26 de mayo de 2021. Ante esta decisión, la entidad demandante solicitó el derecho de amparo por la vulneración del derecho constitucional, considerando necesario declarar nulas las resoluciones impugnadas. Para ello, se pidió que la resolución tenga en cuenta el artículo 24.1 CE, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional en las Sentencias del Tribunal Constitucional 58/2016, de 17 de marzo, y más recientemente la 15/2020, de 28 de enero, que tratan el derecho a la tutela judicial efectiva de los decretos de los letrados de la administración de justicia.

En este contexto, cabe señalar que no se ha tenido en cuenta estas sentencias en las decisiones de la letrada, lo cual, en opinión del solicitante, constituye un error. Se destaca que la jurisprudencia constitucional puede sentar precedentes significativos. Además, se argumenta que las decisiones de la secretaría de administración de justicia deben fundamentarse en la ley y la jurisprudencia, aspecto que, según la perspectiva del solicitante, no se ha respetado en este caso. Las únicas partes reconocidas como parte de este proceso pueden presentar alegaciones, y en el presente caso, el Ministerio Fiscal en sus alegaciones afirma que el rechazo de los recursos de reposición y del incidente de nulidad de actuaciones ha producido la vulneración de art. 24.1 CE, argumentando que se ha hecho una aplicación contraria a las leyes procesales y al principio *pro actione* fijado por la doctrina constitucional. Esto comporta la vulneración del derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva y del principio de

exclusividad de la potestad jurisdiccional. Por tanto, solicita que se proceda al dictado de una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

En el marco de este recurso de amparo, se han examinado aspectos jurídicos para determinar si se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del acceso al recurso. El objeto de controversia radica en la decisión de la letrada de la administración de justicia de denegar a la entidad demandante la posibilidad de interponer un recurso de reposición contra la resolución judicial que rechazó su personación en un procedimiento de ejecución hipotecaria, argumentando que dicha resolución ya había rechazado reconocerle la condición de parte.

Este tribunal, en anteriores fallos, ha establecido que cabe entender vulnerado el art.24.1 CE en aquellos supuestos en que el acceso a un recurso legal queda imposibilitado a partir de decisiones de los titulares de las Secretarías u oficinas judiciales. No solo cuando a pesar de que tenga legalmente atribuida dicha función, se impida la revisión de su legalidad por parte del titular del órgano judicial (SSTC 163/2020, de 16 de noviembre; 182/2020, de 14 de diciembre; 23/2021, de 15 de febrero); sino también cuando la decisión sobre la admisibilidad corresponda exclusivamente al titular del órgano judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional establecida en el art.117 CE (así, STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5). En el presente caso el tribunal constitucional ha considerado que la actuación material del letrado de la administración de justicia extralimitándose en su competencia, impidió con ello que el titular del órgano judicial pudiera desarrollar su función jurisdiccional, justifica la intervención del Tribunal para reparar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, (así, SSTC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5; 63/2016, de 11 de abril, FJ 3; 49/2020, de 15 de junio, FJ3).

El Tribunal Constitucional, sin registro de ningún voto particular, lo que implica el consenso unánime de todos los magistrados, considera que la actuación del letrado de la administración de justicia, al extralimitarse en sus competencias, impidió que el titular del órgano judicial pudiera ejercer su función jurisdiccional, justificando así la intervención del Tribunal para reparar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

En el incidente de nulidad de actuaciones, donde se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva, el tribunal señala que la diligencia de ordenación de la letrada de la administración de justicia del 27 de enero de 2021 vulneró el derecho de la entidad demandante al acordar tener por no presentado el escrito de interposición del recurso de reposición, contradiciendo la normativa vigente y careciendo de motivación fundamentada y respaldo jurídico. Argumentación que nosotros apoyamos plenamente y consideramos bien fundada por el Tribunal Constitucional.

Como resultado, el Tribunal Constitucional respalda la posición de la parte demandante, otorga el amparo y reconoce la vulneración de su derecho fundamental a la justicia efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la CE). Se declara la nulidad de las diligencias de ordenación previas, retro trayendo las actuaciones al momento anterior

al pronunciamiento de la primera de las diligencias anuladas para dictar una resolución acorde con el derecho fundamental reconocido.

Esta decisión se respalda en la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, que aborda de manera adecuada la compleja problemática, destacando la violación de un derecho fundamental y la importancia de mantener la separación e independencia institucional y la división de poderes. La resolución también subraya que el letrado de la administración de justicia no puede asumir funciones propias de un tribunal, problema presente en muchas naciones consideradas democráticas y que sigue el *rule of law* y la separaciones de poderes.

Eltjon MIRASHI
Universidad de Salamanca
Doctor en Derecho Procesal
eltjon.mirashi@usal.es

NORMAS PARA AUTORES/AS

1. La revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y editada por Ediciones Universidad de Salamanca, tiene como objetivo la difusión de artículos de opinión y de reflexión sobre Derecho, Ciencia Política y Criminología, primando los trabajos de pensamiento general o de crítica doctrinal y jurisprudencial sobre los análisis rigurosos de régimen jurídico. El Consejo de Redacción, respetuoso con la libertad de creación de los autores, no se solidariza, sin embargo, con sus opiniones.
2. AIS se publica en formato electrónico, con periodicidad semestral (dos números por año, en junio y en diciembre), y está abierta a colaboraciones de toda la comunidad científica, en especial la europea e iberoamericana. La calidad de los textos publicados se contrasta llevando a cabo un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego de los originales recibidos.

Proceso de recepción de originales y publicación

3. Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán en formato electrónico a la atención del Sr. Director y Sr. Secretario de la revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS), a la dirección ais@usal.es. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de AIS, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría esta demorarse hasta el número siguiente. En cualquier caso, el Consejo de Redacción de AIS mantendrá informados a los autores acerca del estado de la evaluación de sus textos, así como el volumen en el cual aparecerán publicados.
5. Los autores recibirán una sola prueba de edición. El Consejo de Redacción ruega que, durante la corrección, no se introduzcan variaciones importantes en el texto original pues ello puede repercutir en los costos de edición. Los autores se comprometen a corregir las pruebas en un plazo de 15 días, contados desde la entrega de las mismas mediante correo electrónico.

Normas de estilo para la presentación de los textos

6. Además de la debida calidad científica acreditada por el proceso de revisión por pares, los originales enviados serán rechazados si no cumplen con las normas de estilo de AIS. Debajo del título, se indicará la filiación completa de cada autor, cuyos datos deberán ser los siguientes: primer nombre, segundo nombre (si lo hubiere), apellidos, universidad, institución o profesión en la que trabaja, país, correo-e y dirección postal. Además se hará constar su título, cargo académico, profesión, etc.
7. Todos los textos se presentarán en formato Word (.doc., .docx); con márgenes de página superior, inferior, derecho e izquierdo de 3 cm; tipo de letra Times New Roman; tamaño de texto de 12 puntos; y espacio de párrafo sencillo, justificado y sangrado de primera línea a 1,25 cm.
8. En cualquier caso, para la numeración de los epígrafes se empleará numeración arábiga, y únicamente se hará uso de la romana, si fuera necesario, para diferenciar los principales bloques en que se divida el texto. Si fuera necesario diferenciar niveles siempre se colocará un punto entre las cifras relativas a las divisiones (Ej.: 1; 1.1; 1.1.1; 1.1.2; etc.). Asimismo, los cuadros, gráficos y demás materiales que, en su caso, acompañen a los textos, se numerarán correlativamente en arábigo, y cada uno llevará un título breve que lo identifique, así como las fuentes de origen.

9. Las colaboraciones de la sección *Tribuna* tendrán entre 5 y 6 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido), limitando al máximo posible las citas de doctrina y jurisprudencia y, en ambos casos, cuando se incluyan, se hará entre paréntesis en el propio texto a tamaño de letra 10 (no se admitirán notas al pie). No es necesario sumario, resumen, ni lista de palabras clave. Sólo deberán incorporar la traducción al inglés del título.

10. Las colaboraciones para la sección de *Estudios* tendrán un máximo de 25 páginas (cuadros, tablas y demás material anexo incluido) a espacio sencillo. Podrán incluir notas al pie enumeradas correlativamente y con tamaño de letra 10. Los trabajos de esta sección incorporarán necesariamente una recopilación bibliográfica al final del artículo, a tamaño de letra 11, ordenada alfabéticamente por el apellido del autor o editor delante del nombre. Excepcionalmente, podrá prescindirse de dicha recopilación bibliográfica si el Estudio lo es en exclusiva de resoluciones judiciales, aunque el mismo tendrá peor valoración a la hora de decidir su publicación. En todo caso, deben incorporar sumario, resumen y relación de palabras clave, tanto en la lengua utilizada en el artículo como, necesariamente, en inglés (abstract y keywords), idioma al que también deberá traducirse el título. Si el texto original estuviese en inglés, la mencionada traducción del título, el resumen y las palabras clave habrá de presentarse también en español.

Presentación de la bibliografía

11. Las referencias bibliográficas en las citas (sección *Tribuna* y *Estudios*) y en la bibliografía (sección *Estudios*) se ajustarán a la normativa internacional ISO 690 y/o española UNE 50-104. Incluirán, siempre que sea posible, los elementos que se indican según los casos, siguiendo en su totalidad (salvo los corchetes) la tipografía ejemplificada a continuación:

Monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [Título]. [Traducido por Nombre Apellido/s; editado por Nombre Apellido/s (opcionales). [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor].

Ej.: GÁLVEZ CRIADO, A. 2008: *La relevancia de la persona en los contratos de obras y servicios*. Vitoria: Tirant Lo Blanch.

Artículos en publicaciones en serie: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título del artículo entrecomillado»]. [Título de la revista], [año, volumen, fascículo: páginas].

Ej.: RIBERA BLANES, B. 2003: «Hipervínculos y frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor». *Revista Pe.l.*, 2003, 13: 49-65.

Contribuciones a monografías: [APELLIDO/s], [Nombre o iniciales]. [Año]: [«Título entrecomillado»]. En [Nombre o iniciales] [Apellido/s], (ed.): [Título]. [Número de edición (opcional)]. [Lugar: editor], [volumen (opcional)], [páginas].

Ej.: GARCÍA FRÍAS, A. 2004: «La tributación del comercio electrónico en el IVA: Status quaestionis». En M.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología

Volumen 11

Número 2

Diciembre 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);

Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);

Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023112>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. Evolución de la igualdad de oportunidades en la Policía Nacional española, por *Rafael Luis Santero Díaz*..... 11-21

ESTUDIOS

1. El quehacer jurídico, por *Ricardo Rivero Ortega*..... 25-39
2. La venalidad de los títulos nobiliarios: el marquesado de Tojo, gobernación del Tucumán, s. XVIII, por *Héctor Dante Villena Ríos*..... 41-58
3. La protección y promoción jurídica de los lugares de memoria en Colombia. El caso del cementerio de La América, barrio San Javier (Comuna 13), Medellín, por *Luis Ociel Castaño Zuluaga, Natalia Andrea Restrepo Hernández e Ingrid Estíbaliz Sánchez Díez*..... 59-82
4. Aplicación del derecho con perspectiva de género hacia una justicia igualitaria. Un reto para erradicar la violencia contra la mujer en el régimen jurídico de El Salvador, por *Morena Guadalupe Quintana Marxelly*..... 83-114

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN..... 115-209

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA..... 211-312



VNIVERSIDAD
DSALAMANCA

Fecha de publicación de este
volumen: diciembre 2023