



foro galego

REVISTA XURÍDICA XERAL DE GALICIA

VIII Época · Núm. 217
enero-junio 2025



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE A CORUÑA

1760 - 2010



REAL ACADEMIA GALLEGA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Edita:

ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
Federico Tapia, 11 - Bajo. 15005 A Coruña

Gestión editorial y realización:

HERMINIO MARTÍNEZ  estudio

ISSN: 1695-5463

D.L: C 216/2014

foro galego

PRESIDENTES:

Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña

VOCALES:

Sr. D. José Miguel Orantes Canales
Diputado 1º de la Junta de Gobierno
Sra. D^a. María Fernanda Álvarez Pérez
Diputada 2º de la Junta de Gobierno

Sr. D. Jesús Ángel Sánchez Veiga
Diputado 3º de la Junta de Gobierno

Sra. D^a. Beatriz Núñez Vázquez
Diputada 4ª de la Junta de Gobierno

Sr. D. José Luis Villar de la Riera
Diputado 5ª de la Junta de Gobierno

Sr. D. José Carlos Tomé Santiago
Diputado 6º de la Junta de Gobierno

Sra. D^a. María del Pilar Cortizo Mella
Tesorera de la Junta de Gobierno

Sr. D. Antonio Abuín Porto
Bibliotecario de la Junta de Gobierno

Sr. D. Juan Antonio Armenteros Cueros
Contador de la Junta de Gobierno

Sra. D^a. María Luisa Tato Fouz
Secretaria de la Junta de Gobierno

Excmo. Sr. D. José Ricardo Pardo Gato
Abogado. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. Francisco Manuel Ordóñez Armán
Notario. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. José Ignacio García Moratilla
Registrador de la Propiedad. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Sr. D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de A Coruña

Sr. D. José Luis García-Pita y Lastres
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de A Coruña

Sr. D. Jesús Martínez Girón
Catedrático de Derecho del Trabajo
de la Universidad de A Coruña

CONSEJO DE REDACCIÓN:

D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
D. Jesús Ángel Sánchez Veiga
D. Antonio Abuín Porto
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
D. José Luis García-Pita y Lastres
D. Francisco Manuel Ordóñez Armán
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández
D. José Ricardo Pardo Gato
D. José Luis Delgado Domínguez

COORDINADORES:

Sr. D. José Ricardo Pardo Gato
Sr. D. José Luis Delgado Domínguez



sumario

estudios doctrinales

1. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y PROCESO CIVIL: REGULACIÓN Y TRATAMIENTO PROCESAL
JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA
9
2. LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO: NOVEDADES DEL PROCESO PENAL. DE LAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA
MARTA GARCÍA DE VICUÑA UNDA
47
3. HACIA UNA JUSTICIA DIGITAL. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA QUE DEBEN PLASMARSE EN LOS SERVICIOS DIGITALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
JAVIER CASADO ROMÁN
57
4. LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE ABARLOE
JOSÉ MIGUEL BLAS ORBÁN
85
5. premio pardo gato de investigación jurídica:
LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON DEMENCIA
SILVIA SERRETTA
101

comentarios de jurisprudencia

1. INICIO DEL DEVENGO DE INTERESES DE DEMORA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. REFERENCIA A LA STS 78/2025, DE 27 DE ENERO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
FERNANDO CARLOS MOLINA COAGUILA
147
2. LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL
JULIO REGUEIRO DELGADO
157

sumario



trabajos finales de alumnos del master en abogacía

impartido por la UDC y el ilustre colegio provincial de abogados de a coruña

1. APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO PENAL DE LA MANIPULACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DE VALORES ESPAÑOL

ÁLVARO FERNÁNDEZ NÓVOA

175

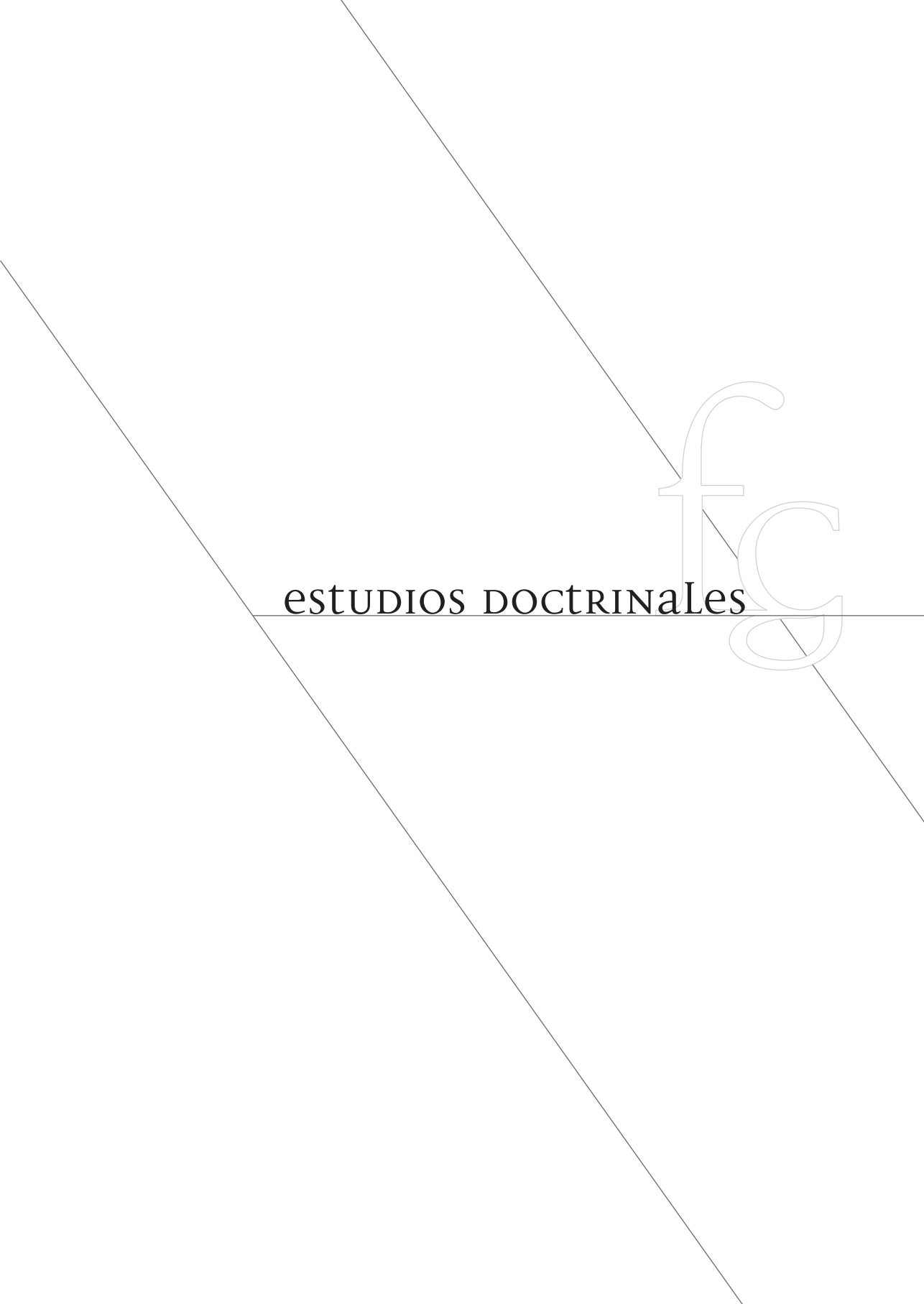
2. *STEALTHING*: SU RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL COMO MODALIDAD DE AGRESIÓN SEXUAL

ANDREA FILGUEIRA VARELA

215

NORMAS DE EDICIÓN

255



estudios doctrinales



MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y PROCESO CIVIL: REGULACIÓN Y TRATAMIENTO PROCESAL

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION AND CIVIL PROCESS: REGULATION AND PROCEDURAL TREATMENT

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO SOCIAL — TSJ/GALICIA.

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PROCESAL UNIVERSIDAD DE A CORUÑA DESTINADO AL MÁSTER DE LA ABOGACÍA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE A CORUÑA.

Resumen: Uno de los pilares de la profunda reforma que acomete la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOEJ) es el protagonismo que, a efectos de conseguir la eficiencia procesal, se concede a los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC). En el presente estudio, se analiza críticamente la regulación de los MASC en la LOEJ, así como el tratamiento procesal que se les da en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) tras la reforma de la LOEJ. Con este análisis crítico se pretende cuestionar, desde una perspectiva de técnica jurídica procesal, algunas de las reformas, a la vez que reflexionar sobre algunas posibles soluciones a los múltiples problemas prácticos que en la realidad de los tribunales civiles ya se están planteando.

Abstract: One of the pillars of the profound reform undertaken by Organic Law 1/2025, of January 2, on measures for the efficiency of the Public Service of Justice (LOEJ), is the importance given to alternative dispute resolution (ADR) for the purposes of achieving procedural efficiency. This study critically analyzes the regulation of ADR in the LOEJ, as well as the procedural treatment given to them in the Civil Procedure Law (LEC) following the reform of the LOEJ. This critical analysis aims to question, from a procedural legal technique perspective, some of the reforms, while also reflecting on possible solutions to the many practical problems that are already arising in the civil courts.

Palabras clave: Medios adecuados de solución de conflictos (MASC) – Proceso civil.

Key words: Alternative dispute resolution (ADR) – Civil procedure.

SUMARIO: I. EL PROCESO LEGISLATIVO HASTA LLEGAR A LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. II. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL TEMPLO DE LA CONCORDIA FRENTE AL TEMPLO DE LA DISCORDIA. III. CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN Y ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. IV. MATERIAS INCLUIDAS, EXCLUIDAS Y EXCEPTUADAS DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. V. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: APUNTES SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD. VI. LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LA DEMANDA CIVIL: 1. Exigencia general y exclusiones a contrario. 2. Excepciones: A. EXCEPCIONES POR RAZÓN DE LA MATERIA LITIGIOSA. B. EXCEPCIONES POR LAS PECULIARIDADES DEL TRÁMITE. C. AUSENCIAS LLAMATIVAS EN LOS LISTADOS DE EXCEPCIONES: PROCESOS MONITORIOS, JUICIOS DE TRÁFICO Y PROBLEMÁTICA DE LOS PROCESOS DE FAMILIA. 3. Congruencia entre el objeto del medio adecuado de solución de controversias y el objeto de la demanda. VII. EL DESARROLLO DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y TRÁMITES: 1. Iniciativa para acudir a los medios adecuados de solución de controversias. 2. Garantías de defensa. 3. Efectos de la apertura del proceso de negociación: interrupción de la prescripción y suspensión de la caducidad. 4. Proscripción del abuso del servicio público de justicia. 5. Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos. 6. Confidencialidad y tratamiento de datos. 7. Honorarios de abogados/as y tendencia a la gratuidad. VIII. EL ÉXITO DE LA NEGOCIACIÓN: 1. Formalización del acuerdo. 2. Validez y eficacia del acuerdo. IX. EL FRACASO DE LA NEGOCIACIÓN: 1. Terminación sin acuerdo o con intento sin efecto. 2. Documentación. 3. ¿Cómo se acredita el agotamiento si no se ha podido requerir a la parte demandada? 4. Plazo para demandar (caducidad procesal). X. REGULACIONES ESPECIALES DE DETERMINADOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. XI. LAS REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LOS MECANISMOS PARA GARANTIZAR Y POTENCIAR LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: 1. Los medios adecuados de solución de controversias como requisitos de procedibilidad: tratamiento procesal. 2. Invitación a los medios adecuados de solución de controversias. 3. Imposición de multas. 4. Imposición de costas. 5. De nuevo las costas, pero ahora para exonerar (la zanahoria en vez del palo). 6. El aseguramiento del resultado del medio adecuado de solución de controversias con medidas cautelares. XII. OTROS MECANISMOS, NO PROCESALES, PARA POTENCIAR LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: FORMACIÓN Y FISCALIDAD. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PROCESO LEGISLATIVO HASTA LLEGAR A LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 2025 ha visto la luz la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LOEJ). Se trata del punto final de un tortuoso proceso legislativo que pivotaba sobre el concepto, más propio de un análisis económico del proceso que de una lógica procesal garantista, de eficiencia que, a lo menos de momento, en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico vigente se concibe como principio del proceso o del procedimiento, desarrollado con un triple sentido: orgánico para mejorar la planta y organización de los órganos y oficinas judiciales; digital para la adaptación de la administración de justicia al marco tecnológico; y procesal para dar celeridad y agilizar los procedimientos judiciales ante el incremento de la litigiosidad.

Hagamos un breve paréntesis en el discurso para llamar la atención al lector o lectora sobre esta novedosa jerga legislativa (de la que veremos más ejemplos a lo largo del estudio: “templo de la concordia”; “justicia deliberativa”; “abuso del servicio público de la Justicia”; “proceso de derecho colaborativo” ...). En relación con la eficiencia, y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la eficiencia (en su segunda entrada) es la “capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos”. Si nos atenemos a esta significación, el poder legislativo es totalmente sincero pues ya con la denominación de la ley revela que no pretende sanear la Justicia, que es el resultado deseado, incrementando el presupuesto, sino rentabilizando el que tiene a través de varios cambios orgánicos, digitales y procesales.

Decíamos tortuoso proceso legislativo porque esos tres aspectos de la eficiencia estaban en tres proyectos de ley en la pasada Legislatura: el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia¹, el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia² y el Proyecto de Ley orgánica de medidas en materia de eficiencia del servicio público de Justicia³, para conformar lo que se podría denominar como la “trilogía de la eficiencia”: digital, procesal y organizativa⁴.

Pero el adelanto de las últimas elecciones generales lo hizo decaer y, para sacar adelante algunas de las medidas de eficiencia, se metieron las medidas de eficiencia procesal consideradas más urgentes en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (de inabar-

1 El proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales —Congreso de los Diputados— del 22 de abril de 2022.

2 El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de Justicia fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales —Congreso de los Diputados— del 12 de septiembre de 2022.

3 El Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales —Congreso de los Diputados— del 22 de abril de 2022.

4 Plan Justicia 2030 Transformando el ecosistema del Servicio Público de Justicia, del Ministerio de Justicia, diseñado como programa con horizonte temporal de 10 años, cuyo objetivo general es transformar el Servicio Público de Justicia para hacerlo más accesible, eficiente y contribuir al esfuerzo común de cohesión y sostenibilidad, generando cambios “con efecto sistémico en el ecosistema Justicia”.

cable denominación⁵ pues en el mismo entraron todas las medidas consideradas más urgentes de todos los proyectos de ley en tramitación al adelantarse las elecciones).

Ya con la nueva legislatura, y con el apremio de justificar la recepción de los Fondos Next Generation, el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, introdujo todas las medidas de eficiencia digital y una parte de las medidas de eficiencia procesal (aparte otras cuestiones diferentes a esa materia: se trata de un nuevo decreto ómnibus⁶).

Habían quedado en este camino las medidas de eficiencia orgánica por la razón de que la materia de ley orgánica no puede ser abordada en real decreto ley, y asimismo un buen grupo de medidas de eficiencia procesal y, entre ellas, la más rutilante de las medidas de eficiencia procesal programadas para el proceso civil por el Ministerio de Justicia y el Gobierno: nos referimos a los medios adecuados de solución de conflictos (rebautizando como adecuados a los hasta ahora llamados, en traducción del término inglés *alternative dispute resolution*, medios alternativos de solución de conflictos).

La LOEJ aborda en su Título I las medidas de eficiencia orgánica (artículo 1, que modifica numerosísimos artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y en su Título II las medidas de eficiencia procesal hasta ahora no incluidas: en su Capítulo I regula los medios adecuados de resolución de conflictos (artículos 2 a 19), y en su Capítulo II (artículos 20 a 24) introduce reformas de eficiencia procesal en las leyes de procedimiento, en concreto en el 22 las que atañen a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, nuestro análisis se centrará en el Capítulo I del Título I, referido a los MASC, y en las reformas de alcance procesal de la LEC en relación con los MASC.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL TEMPLO DE LA CONCORDIA FRENTE AL TEMPLO DE LA DISCORDIA

La Exposición de Motivos de la LOEJ ocupa cuatro páginas del BOE para justificar la detallada regulación de los MASC (páginas 805 a 808 inclusive). Y comienza la justificación de esa detallada regulación con un lenguaje rimbombante: “con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”. Frase “que suele atribuirse”⁷ a Louis-Pierre-Joseph Prougnon, abogado y político francés (1745-1828).

A partir de aquí, la Exposición de Motivos pretende romper con la idea de que la justicia es solo la conseguida en proceso judicial, en lo cual insiste repetidamente. Veamos

5 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE de 29/06/2023).

6 Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE de 20/12/2023).

7 En este sentido, PICÓ JUNOY, J., “Costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?”, *Diario La Ley*, nº. 9801, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 02/03/2021.

algunas afirmaciones: “El servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción ... La Justicia no es únicamente la «administración de la justicia contenciosa». Es todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil”.

Para el éxito de la concordia se hace un llamamiento a todas las profesiones jurídicas: “Con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de la abogacía que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores y procuradoras de los tribunales, las personas profesionales de la mediación, los graduados y graduadas sociales, los notarios y notarias y los registradores y registradoras de la propiedad, amén de otros muchos profesionales”.

Sobre todo ese llamamiento se hace a las abogadas y abogados, a quienes se les recuerda (como si no lo conocieran y aplicaran) su Código Deontológico que “establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes”, así como el Estatuto General de la Abogacía Española, que define la profesión “como la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a dos objetivos que plasma en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de derechos y libertades fundamentales”.

Después de estas consideraciones, más o menos adecuadas, sobre el templo de la concordia, el servicio público de justicia más allá de la tutela judicial y el llamamiento a las profesiones jurídicas, y en particular a la Abogacía, llegan los lamentos. Y es que la Exposición de Motivos nos cuenta los esfuerzos hechos por potenciar la concordia sin éxito significativo, y el más destacado, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con cuya entrada en vigor “no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación”. Así es que, la Comisión europea (no solo en España) ha constatado “determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros”.

Consideraciones y lamentos con los cuales se justifica, no el fin de la concordia en el que debería haber un consenso unánime, sino los medios utilizados en la LOEJ para alcanzar ese fin de la concordia, y el principal medio (aunque no sea el único pues además se prevé la imposición de costas y multas) lo constituye la exigencia de agotamiento de un MASC para poder acceder a la justicia civil. Como ha destacado la mejor doctrina “la incorporación de los ... MASC ... es seguramente el eje más agresivo de esta reforma por cuanto desvirtúa la naturaleza originariamente «voluntaria» de la Justicia extrajudicial (a la que tantos apellidos, todos ellos esperanzadores, se le llevan otorgado: colaborativa, deliberativa, terapéutica, amistosa, restaurativa, diversificada, poliédrica, desjudicializada, externalizada, multipuertas, etc.) para convertirla en un

(auténtico) presupuesto de procedibilidad o (implacable) condicionante de acceso a la Justicia (ahora contenciosa) civil dispositiva”⁸.

Han cambiado los tiempos. No hace tanto tiempo estaba vigente la conciliación obligatoria previa establecida en la originaria LEC de 1881 (y que incluso se remonta en el proceso civil español a la más lejana fecha de 1855). Su obligatoriedad fue derogada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC. Lo que se explica en su Exposición de Motivos con los siguientes sucintos términos: “conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo”. Ahora volvemos a la obligatoriedad. Esperemos que la actual obligatoriedad tenga más éxito que esa vieja obligatoriedad que fue derogada como medida urgente con la finalidad de suprimir algo que era ineficaz, aunque lo cierto es que las perspectivas realistas no parecen sean muy halagüeñas⁹.

III. CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN Y ENUMERACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Hasta en tres artículos distintos, la LOEJ conceptúa, caracteriza y/o enumera los MASC, sin que parezca que esa dispersión obedezca a ninguna lógica sistemática, ni suponga que unos MASC valgan a unos efectos y no a otros. A pesar de todo este barullo normativo, o precisamente por él, resulta clara la voluntad del poder legislativo en el sentido, como veremos más adelante, de establecer un evidente *numerus apertus*.

En primer lugar, y según su artículo 2, “a los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral”.

En segundo lugar, y según su artículo 5.1, son MASC válidos a los efectos de cumplir el requisito general de procedibilidad de las demandas civiles consistente en agotar una MASC, “los previstos en el artículo 2”. A renglón seguido, se añade, de una manera un tanto confusa, que “se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero

8 CALAZA LÓPEZ, S.: “Decálogo procesal de urgencia: claves de la reforma de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10637, Sección Tribuna, 03/01/2025, p. 10. Un análisis más amplio y más crítico de los MASC en GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “A propósito de la nueva regulación de los «medios adecuados para la solución de conflictos» (MASC) en la Ley Orgánica 1/2025”, *Diario La Ley*, n.º 10651, enero de 2025.

9 BANACLOCHE PALAO, J.: “El éxito de esta apuesta legislativa por la preceptividad de los MASC solo se conocerá pasado un tiempo, pero dado que no es en absoluto novedosa (la exigencia de haber intentado la conciliación como presupuesto para la admisión de la demanda estuvo vigente desde 1855 hasta 1984, y se abandonó en aquel año porque carecía de efectos reales y además congestionaba los tribunales), y que no contempla ningún tipo de incentivo adicional que pueda hacer atractivo llegar a un acuerdo (beneficios fiscales, por ejemplo), es de prever que resulte igual de inútil y frustrante que sus predecesoras”, (“Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025: ¿qué sucede con el juez competente, el MASC previo y la vista en el juicio verbal?”), *Diario La Ley*, n.º 10696, abril 2025, p. 5).

que cumpla lo previsto en las secciones 1.^a y 2.^a, de este capítulo o en una ley sectorial”. Decimos de una manera un tanto confusa porque todas estos MASC coinciden con las exigencias establecidas en el artículo 2, y de enumerarse en algún sitio, acaso lo más correcto hubiera sido enumerarlos dentro de ese artículo 2. Para mayor confusión, el artículo 5.1 añade además que, “singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo”. Decimos mayor confusión porque estos también son MASC que responden a las exigencias establecidas en el artículo 2, y allí se debieron enumerar.

En tercer lugar, y según el artículo 14, “a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, las partes podrán acudir, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 5.1, a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, y, en su caso, en la legislación autonómica que resulte de aplicación, a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas (y) en particular, podrán cumplir dicho requisito mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados o abogadas, así como a través de un proceso de Derecho colaborativo”. Además, el artículo 14 remite a otras normas en orden a la regulación de la mediación, de la conciliación ante notario, de la conciliación ante el registrador, del conciliación ante el o la LAJ y de la conciliación ante el juez o la jueza de paz, y dentro de la misma sección donde se contiene el artículo 14, se regula la conciliación privada (artículos 15 y 16), la oferta vinculante confidencial (artículo 17), la opinión de persona experta independiente (artículo 18) y el proceso de derecho colaborativo (artículo 19).

Acaso hubiera sido más claro haber conceptuado, caracterizado y enumerado todos los posibles MASC en un solo artículo, y no dispersar el concepto, caracterización y enumeración en varios artículos cada uno de los cuales dice algo no exactamente igual a los otros, y en todo caso, todo ellos se solapan en la mayoría en que todos coinciden.

Lo que sí parece evidente es, volviendo al artículo 2, que vale todo (“cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas”) siempre que se haga de buena fe y con la finalidad de resolver el conflicto (“acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial”), siendo irrelevante si se trata de una autocomposición o de acudir a un conciliador o mediador (“ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral”).

Siguiendo esta concepción amplia, la “singular” precisión del artículo 5.1 acerca de la actividad negociadora desarrollada “directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad” se debe recibir positivamente pues clarifica sobre la validez de un medio de solución que, por su sencillez, va a ser muy invocado en la práctica, una suerte de “cláusula de mínimos”¹⁰.

10 Expresión utilizada por BLÁZQUEZ MARTÍN, R., “El impacto de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10643, enero de 2025, p.3.

En realidad, los problemas en la práctica no vendrán tanto del medio utilizado, dada la amplitud con que se contemplan, como de la forma de acreditación, a efectos de acceder al proceso civil, de haber sometido la controversia a un MASC. Pero eso será objeto de análisis en otro lugar de este estudio (en el epígrafe IX, subepígrafe 2).

IV. MATERIAS INCLUIDAS, EXCLUIDAS Y EXCEPTUADAS DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Materias incluidas. Según el artículo 3.1 de la LOEJ, “las disposiciones de este título son aplicables a los civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos”. A estos efectos tendrán la consideración de conflictos transfronterizos los definidos en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹. En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en este título, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español.

Materias excluidas. Según el artículo 3.2 de la LOEJ, “quedan excluidos (sic, debería decir excluidas pues se refiere a las materias), en todo caso, de lo dispuesto en este título las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público”, lo que supone la exclusión de todos los pleitos contra la Administración Pública y la Seguridad Social. En la Exposición de Motivos se justifican estas exclusiones: en cuanto a las materias laboral y concursal, porque en su normativa reguladora “ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades de aquellas materias”; en cuanto al proceso penal, porque “no rige el principio dispositivo, sin perjuicio del derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente”; en cuanto a los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público, porque las peculiaridades de esas entidades determinan “la imposibilidad de que los medios adecuados de solución de controversias reciban un tratamiento legislativo asimilable al que se contiene en esta ley para los asuntos civiles y mercantiles”, o sea, no se excluye la posibilidad de aplicar los MASC, pero sí de regularlo en la misma sede legal, y de ahí la remisión a una “futura regulación” a cuya elaboración y presentación a las Cortes Generales en el plazo de dos años (tarde me lo fías) se emplaza al Gobierno (disposición final 31ª de la LOEJ).

11 Según el artículo 3.1 de la citada Ley 5/2012, “un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”.

Materias que, aun siendo civiles o mercantiles, están exceptuadas. Según el artículo 4 de la LOEJ: (1) “no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado”; y (2) “en ningún caso podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias, a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el artículo 89.9 (de la LOPJ)”, esto es aquellas materias competencia de las Secciones de Violencia contra la Mujer.

No se trata, en estos casos, de que el MASC no sea necesario para poder demandar en vía civil, no lo es obviamente; de lo que se trata es de que ni siquiera es posible acudir a un MASC por mucho que las partes así lo decidieren pues se trata de materias que están fuera de su disposición, o sobre las que no cabe hacer mediación.

V. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: APUNTES SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

Según el artículo 4 de la LOEJ, “las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público” (dato curioso: en el artículo 1255 del Código Civil, las salvedades son la ley, la moral y el orden público; en el artículo 4 de la LOEJ se ha sustituido la moral por la buena fe). También se aclara, en este artículo 4, que “las partes pueden alcanzar acuerdos totales o parciales”, y que “en el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia”.

Pero esta invocación de la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 4 de la LOEJ dura bastante poco porque en su artículo 5 se exige el agotamiento de un MASC como requisito de procedibilidad para demandar en vía civil, lo que plantea como duda inmediata si con esta pérdida de la libertad para acudir a un MASC se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la respuesta debe ser la negativa. Baste recordar los argumentos de la STC 217/1991, de 14 de noviembre: “Este Tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa ... de un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo” (STC citada, FD 5).

A igual solución se llega a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la STJUE de 18/03/2010 (Telecom Italia SpA, C-317/08 a C-320/08 acumulados), se resuelve que “los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva (no) se oponen a una normativa nacional que impone (en relación con determinados litigios) la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”.

Queda así abierta la posibilidad, tanto desde la perspectiva constitucional como desde el Derecho de la Unión, de erigir el agotamiento de los MASC como requisito de procedibilidad para la demanda en vía civil, que es lo que hace el artículo 5 de la LOEJ.

VI. LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LA DEMANDA CIVIL

Dentro de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de los MASC según los artículos 3 y 4 de la LOEJ, las expresadas en su artículo 5 se encuentran sometidas al MASC como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda judicial, salvo los supuestos en que ese agotamiento se excluye o se excepciona expresamente.

1. Exigencia general y exclusiones a contrario

Como regla general, el agotamiento del MASC se exigirá “con carácter general” para que sea admisible la demanda en juicios civiles y mercantiles (artículo 5.1.I), lo que se concreta aún más cuando se alude (en el artículo 5.2) a “todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV (de la LEC)”.

Queda excluido el libro III de la LEC, referido a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares (como se corrobora en el artículo 5.3 que exceptúa de la necesidad de agotamiento de un MASC la interposición de una demanda ejecutiva y la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda). Ahora bien, la LOEJ ha reformado el artículo 565.1 de la LEC¹² para establecer que, en cualquier momento del proceso de ejecución, las partes podrán someterse a mediación o a un MASC (siempre que, aunque no lo diga el artículo 565.1, el MASC no esté excluido según el artículo 4 de la LOEJ); o sea, no es obligado agotar un MASC para interponer una demanda ejecutiva (lo que es lógico pues

12 “En cualquier momento del proceso de ejecución, las partes podrán someterse a mediación o a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias, en cuyo caso se suspenderá el curso de la ejecución. En caso de que la mediación o el medio adecuado de solución de controversias de que se trate finalizara sin acuerdo de las partes, la suspensión se alzaría a petición de cualquiera de ellas. Si las partes llegaran a un acuerdo extrajudicial por dichos medios, y este se cumpliera o determinara la innecesaria continuación del proceso de ejecución, la parte ejecutante lo pondrá en conocimiento del órgano judicial, que procederá a su archivo. Las partes podrán pedir, en todo caso, la homologación judicial del acuerdo alcanzado, que determinará igualmente el archivo del procedimiento”.

ya se exigió el MASC antes de interponer la demanda principal), pero las partes pueden acudir voluntariamente al MASC en cualquier momento del proceso de ejecución.

Tampoco se hace referencia a la Ley Concursal, lo que se compadece con la exclusión de la materia concursal que expresamente recoge el artículo 3.2 de la LOEJ.

2. Excepciones

Ahora bien, el artículo 5 de la LOEJ también habilita excepciones, aunque en vez de hacer un listado unitario de excepciones, se hacen dos listados, lo que pudiera hacer pensar que cada listado presenta un mismo fundamento que es diferente del fundamento del otro listado y/o que cada listado presenta unos distintos efectos jurídicos. Sin embargo, ni es del todo claro el mismo fundamento en todos y cada uno de los supuestos de cada listado, y los efectos jurídicos, que en algún supuesto son diferentes, no resultan ser diferentes en función del listado en el que están integrados.

A. EXCEPCIONES POR RAZÓN DE LA MATERIA LITIGIOSA

Un grupo de excepciones, contenidas en el artículo 5.2, se encuentran justificadas en la materia litigiosa pues el artículo 5.2 encabeza el listado afirmando “con excepción de los (procesos) que tengan por objeto las siguientes materias”:

- a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales;
- b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil;
- c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad;
- d) la filiación, paternidad y maternidad;
- e) la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute;
- f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande (los antiguos interdictos);
- g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional;
- h) el juicio cambiario.

Como se ve, en algunos casos nos encontramos con materias indisponibles que ya estaban exceptuadas en atención al artículo 4 (letras a, b, c, d y g), mientras en otros casos (letras e, f y h) la excepción obedece a la urgencia de la materia, lo que no debería impedir a las partes acudir a un MASC antes de demandar, o durante el procedimiento, siempre que lo hagan voluntariamente y sin que no hacerlo les impida demandar.

B. EXCEPCIONES POR LAS PECULIARIDADES DEL TRÁMITE

Otro grupo de excepciones, contenidas en el artículo 5.3, parecen estar justificadas en las propias peculiaridades del trámite de que en cada caso se trata, sin que en este caso el artículo 5.3 nos ofrezca ninguna pista pues se limita a afirmar que “no será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para”:

- a) la interposición de una demanda ejecutiva;
- b) la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda (obviamente, si la solicitud es coetánea a la demanda que esté o no exceptuada del MASC depende de la demanda, no de la solicitud de medidas cautelares);
- c) la solicitud de diligencias preliminares; o
- d) la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, con excepción de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad;
- e) la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo;
- f) el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

Como se ve, en algunos casos no encontramos con excepciones redundantes pues ya no estaban incluidas en la regla general que no afectaba la libro III de la LEC (letras a y b), otras por no haber una real controversia (letras c y d), y otras, seguramente, por ser materias reguladas en el derecho comunitario en cuya regulación, consiguientemente, no puede entrar el poder legislativo español (letras e y f).

C. AUSENCIAS LLAMATIVAS EN LOS LISTADOS DE EXCEPCIONES: PROCESOS MONITORIOS, JUICIOS DE TRÁFICO Y PROBLEMÁTICA DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

Resulta llamativa la ausencia de algunos procesos en estos listados de excepción del requisito de procedibilidad. Por ejemplo, los procesos monitorios no están excluidos, como sí lo están los cambiarios con los cuales hay puntos en común al extremo de que, incluso, se regulan dentro del mismo título III del libro IV de la LEC. No parece, en consecuencia, lógica su no exclusión, pero es la solución deriva de la estricta legalidad, y en ese sentido se manifiesta el Acuerdo de unificación de criterios de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona celebrada el 12 de marzo de 2025¹³. Ahora bien, si ya se ha exigido agotar el MASC antes de la petición inicial del proceso monitorio, resulta lógico que, en caso de oposición, no se vuelva a exigir agotar otro MASC para, en su caso, la interposición de la demanda (artículo 818.2 de la LEC).

¹³ Accesible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/galleries/documents-noticias/Acuerdo-Unificacion-Criterios-Junta-Jueces-Instancia-Bcn.pdf> (consultado el 16/04/2025).

Otra ausencia llamativa son los juicios de tráfico en la medida en que las personas aseguradas “con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda” (artículo 7.1.III de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre). En todo caso, esta reclamación previa se puede considerar un MASC en los términos en los cuales se conceptúan los MASC en el artículo 2 de la LOEJ. Ahora bien, y aunque para demandar a la aseguradora bastaría con esa reclamación previa, no parece que ello valga si se quiere además demandar al conductor, al asegurado y/o al propietario del vehículo, con lo cual, en relación con estas personas, parece necesario agotar el MASC.

Los procesos de nulidad, separación o divorcio presentan un especial intrínquilis debido a la mala coordinación entre los artículos 4 y 5 de la LOEJ. Como regla general, no se puede acudir a un MASC porque el estado civil es materia indisponible, y, en consecuencia, excluido de la posibilidad de MASC según el artículo 4. Aunque el artículo 5 no hace mención a los procesos de familia para eximirlos del requisito de procedibilidad, ello es porque, pura y llanamente, están excluidos del ámbito de los MASC. No es necesario que los excluya el artículo 5 de la exigencia del requisito de procedibilidad porque, más radicalmente, están excluidos de los MASC en el artículo 4.

Sin embargo, no es esta la opinión recogida en los Criterios orientativos aprobados por los Jueces de familia de Madrid-capital, por mayoría, en relación con el requisito de procedibilidad establecido en la LOEJ¹⁴. Opinión que no compartimos por las razones expuestas y que tampoco ha sido acogida por autorizada doctrina procesal¹⁵.

Por excepción, sí se puede acudir a un MASC en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil según el artículo 4.1, y además el artículo 5 no se ha previsto la excepción del requisito de procedibilidad respecto a esos efectos y medidas (salvo para la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil), con lo cual parece que en estos casos se exige el MASC, lo que no parece muy lógico cuando el MASC no se exige para la demanda principal.

Nada se dice en ninguna de estas normas de las medidas provisionalísimas antes de la presentación de la demanda contempladas en el artículo 104 del Código Civil, pero debemos entender, por la lógica de la norma, que es materia disponible, pero para la que no se exige MASC en la medida en que las consideremos incluidas en la excepción, contemplada en el artículo 5.3, referida a “la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda”; lo que ocurre es que, al presentar la demanda en el plazo legalmente previsto tras la adopción de las medidas provisionalísimas, sí resultaría necesario agotar el MASC en la medida en que en la demanda se soliciten los efectos y las medidas de los artículos 102 y 103 del Código Civil, algo sin ninguna lógica pues en el trámite de medidas provisionalísimas ya se habría podido llegar a acuerdos en todo o en parte, o corroborarse la imposibilidad de alcanzarlos por incomparecencia o por confrontación.

14 Accesibles en https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CRITERIOS_JUECES_FAMILIA_MADRID_REQUISITO_PROCEDIB_250319_125209.pdf (consultado el 16/04/2025).

15 BANACLOCHE PALAO, J.: “El éxito ...”, obra citada, pp. 5-7.

3. Congruencia entre el objeto del medio adecuado de solución de controversias y el objeto de la demanda

Según el artículo 5.1.I *in fine* de la LOEJ, “para entender cumplido este requisito (de procedibilidad para demandar en juicio civil) habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar”.

Un mandato bastante abstruso si lo queremos analizar desde una perspectiva de técnica jurídico procesal. Aunque durante mucho tiempo la doctrina procesalista discutió sobre lo que se podría considerar el objeto del proceso, a día de hoy es opinión común que lo constituye la pretensión procesal en el sentido del artículo 5 de la LEC. Una consulta de algunos manuales al uso nos conduce a esa misma conclusión: “el objeto del proceso es ... la pretensión procesal o petición que formula el demandante al Juez de una resolución que, con la autoridad de cosa juzgada, ponga fin de una manera definitiva e irrevocable al litigio por él entablado”¹⁶; “por objeto del proceso en sentido estricto se entiende solo el tema o asunto jurídico fundamental sobre el que el actor pide la sentencia del tribunal, previa contradicción con el demandado ... el objeto del proceso puede conceptuarse como la pretensión procesal ... (lo) pedido por el (actor)”¹⁷.

Hecho este breve recordatorio de lo que es el objeto del proceso, lo que dice el artículo 5.1.I *in fine* de la LOEJ simplemente es contradictorio en sí mismo considerado: el objeto de la negociación y el objeto del litigio deben coincidir, pero es posible cambiar las pretensiones que, como son el objeto del litigio, es tanto como decir que se puede cambiar el objeto del litigio en relación con el objeto de la negociación. No sabemos si es que la norma maneja otro concepto de objeto del litigio menos técnico, o si simplemente quiso establecer cierta flexibilidad en orden a la apreciación de la congruencia entre la negociación y la demanda. Pero para ello no haría falta subvertir los conceptos técnico jurídicos, pues sin mayor problema se podría permitir en la demanda introducir alegaciones complementarias o aclaratorias, pretensiones accesorias o complementarias o hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la negociación, así como aportar documentos sobre todos esos extremos, en los mismos términos en que ello se permite en la audiencia previa al juicio en relación con las alegaciones, pretensiones, hechos y documentos invocados en la demanda (artículo 426 de la LEC).

De esta manera, no habría congruencia entre la negociación y la demanda si en una controversia entre colindantes, en la negociación se reclamase un deslinde y en la demanda la constitución de una servidumbre de paso, por mucho que ambas cuestiones se refieran al mismo trozo de terreno (o sea, tengan el mismo objeto entendido en sentido vulgar); mientras que sí habría congruencia (tanto si manejamos un concepto de objeto vulgar como técnico) cuando se reclama en la negociación el pago de rentas vencidas, y en demanda se reclama más cantidad a la vista de nuevos vencimientos, e incluso la condena a rentas futuras, o en la negociación se reclama la nulidad de una transmisión y en la demanda la nulidad de la inscripción registral de esa transmisión, o en la nego-

16 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, UNED (Madrid, 2009), p. 236.

17 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi (Navarra, 2019), pp. 201-203 *passim*.

ciación se reclama una indemnización en una determinada cuantía que en demanda se amplía por datos acaecidos o conocidos con posterioridad, o, aun siendo los datos los mismos, por uso de otros parámetros de cálculo, o por simple error de cálculo.

Hemos de concluir, en consecuencia, que la congruencia entre la negociación y la demanda se debe calibrar en relación con las pretensiones invocadas en la negociación en relación con las pretensiones invocadas en la demanda, aunque tomando en consideración todas las posibilidades contempladas en el artículo 426 de la LEC.

VII. EL DESARROLLO DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y TRÁMITES

Dispersos a lo largo del capítulo I del Título II de la LOEJ, se contienen disposiciones varias donde se contemplan principios, garantías y trámites a seguir en el desarrollo de los MASC. Conviene ante todo precisar dos cosas. La primera es que se trata de disposiciones generales aplicables a todos los MASC. Y la segunda es que, acaso por ello, se trata de piezas sueltas sin diseñar un procedimiento de negociación completo, lo que se compadece también con la amplitud y la variedad de los MASC.

1. Iniciativa para acudir a los medios adecuados de solución de controversias

Según el artículo 5.4 de la LOEJ, “la iniciativa de acudir a los medios adecuados de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios”. Cuando todas las partes plantearan acudir a un MASC y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, la norma aclara que “se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente”.

2. Garantías de defensa

Según el artículo 6 de la LOEJ, “las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de abogado”. En consecuencia, la asistencia letrada es facultativa, aunque con una matización y con una excepción.

La matización es, en garantía de la igualdad de armas, la siguiente: En los casos en que no siendo preceptiva la asistencia letrada, cualquiera de las partes pretendiera servirse de ella, lo hará constar así en el requerimiento o en el plazo de tres días desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida. En ambos casos, deberá comunicarse tal circunstancia a la otra parte para que pueda decidir valerse también de asistencia letrada en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la notificación.

La excepción es la de que “únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes cuando se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de una oferta vinculante, excepto cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los dos mil euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta”.

Además, la asistencia letrada es inherente al proceso de derecho colaborativo del artículo 19 de la LOEJ pues, según su apartado 3, uno de sus principios fundamentales es “el trabajo en equipo entre las partes, sus abogadas y abogados y las terceras personas expertas neutrales que pudieran, en su caso, participar”. Realmente llamativo (pues una tal exclusión no se contempla en la LOEJ para ninguna otra modalidad de MASC) es que, como otro de sus principios fundamentales, se contempla el de “la renuncia a tribunales por parte de los y las profesionales de la abogacía que hayan intervenido en el proceso, caso de no conseguirse una solución, total o parcial, de la controversia”.

Finalmente, la disposición final 10ª de la LOEJ modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para añadir un apartado 11 a su artículo 6 según el cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprenderá “la asistencia gratuita de profesional de la abogacía en cualquiera de los (MASC) permitidos por la ley que tenga por objeto dar cumplimiento al requisito de procedibilidad dispuesto en el artículo 5 de la (LOEJ), cuando en el eventual proceso judicial la intervención de este profesional sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, la parte contraria actúe con él”.

3. Efectos de la apertura del proceso de negociación: interrupción de la prescripción y suspensión de la caducidad

El artículo 7.1 de la LOEJ establece, como efectos de la solicitud de una parte de la apertura del proceso de negociación, la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad de acciones “desde la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la otra parte en el domicilio personal o lugar de trabajo que le conste a la persona solicitante, o bien a través del medio de comunicación electrónico empleado por las partes en sus relaciones previas. En todo caso, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o de la terminación del proceso de negociación sin acuerdo. El cómputo de los plazos se reiniciará o reanudará respectivamente en el caso de que no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se dirige, o desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce”.

Cuando intervenga una tercera persona neutral, hay normas especiales (artículo 7.2): a) En el caso de intervenir una persona mediadora, se estará a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁸. b) En

18 “La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación en su caso, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la fecha de la recepción de la solicitud por el mediador o institución mediadora no se hubiera intentado por estos la comunicación con la otra parte, así como en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte requerida, o desde la fecha de intento de la comunicación si dicha recepción no se produce, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. En caso de que se abra la mediación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley”.

el caso de intervenir una persona conciliadora, la solicitud de inicio de la conciliación interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la persona conciliadora, reiniciándose o reanudándose, respectivamente, el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la fecha de la recepción de la solicitud por la persona conciliadora no se hubiese intentado por esta la comunicación con la otra parte, así como en el caso de que en el plazo de quince días naturales desde la recepción de la propuesta por la parte a la que se dirige la solicitud de conciliación, o desde la fecha de intento de la comunicación si dicha recepción no se produce, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. En caso de que se abra la conciliación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación de la conciliación. c) En el caso de intervenir una persona experta independiente, se interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha de la designación de mutuo acuerdo de la persona experta, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos a partir de la fecha de aceptación del acuerdo final por todas las partes o de emisión de la certificación prevista en el artículo 18.5. d) En el caso de intervenir un o una LAJ, se estará a lo dispuesto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, respecto a la suspensión de la caducidad y la interrupción de la prescripción, que se aplicará supletoriamente en los casos de intervención como conciliador de un notario o notaria, registrador o registradora¹⁹.

Obsérvese que en todos los casos la diferencia más notable se encuentra en el momento en el cual se produce la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad, que es fecha diferente a la establecida como regla general (“la fecha en la que conste el intento de comunicación de dicha solicitud a la otra parte”). Divergencia que obliga a estar a cada uno de los supuestos y que puede generar algunos problemas. Por ejemplo, en el caso de intervención de una persona conciliadora, el *dies a quo* a considerar es “la fecha en la que conste la recepción de (la solicitud de conciliación) por la persona conciliadora” (artículo 7.2.b de la LOEJ), cuando, a lo menos en los supuestos en que la persona conciliadora no esté designada en un acto previo al surgimiento de la controversia, lo más razonable sería atender al momento en que, surgida la controversia, una parte se dirige a la otra para proponer la conciliación como MASC y para designar a la persona encargada de la conciliación. Algo similar ocurre con la persona mediadora (véase la regulación del artículo 4 de la Ley de mediación).

4. Proscripción del abuso del servicio público de justicia

Según el artículo 7.4 de la LOEJ, “si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensua-

19 Artículo 143 de la LJV: “La presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde el momento de su presentación. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto (del LAJ) o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente”.

da y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en (la LEC)". A este nuevo concepto del abuso del servicio público de Justicia le dedica la Exposición de Motivos de la LOEJ unas explicaciones detalladas en cuanto a su alcance que conviene transcribir:

"El abuso del servicio público de Justicia ... (es) una actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad ... Este abuso puede ejemplificarse ... en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema ... Si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concomitantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada ... La jurisprudencia (será) la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, y sus aspectos diferenciales con respecto a los ya indicados, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal".

A la vista de estas explicaciones, el nacimiento de este novedoso concepto surge de la desconfianza del poder legislativo en que el agotamiento de los MASC sea convierta en un mero trámite, y con él se pretende habilitar una fiscalización *a posteriori* de la buena fe comercial a través de la regulación de costas y sanciones. Con este novedoso concepto, se añade una dimensión más al deber de buena fe procesal que, como señala la mejor doctrina, "es el de no acudir a la jurisdicción cuando la controversia pueda ser solucionada a través de una MASC o, cuando menos, sin haber intentado seriamente una composición extraprocesal de la litis ... no se refiere a la necesidad de conducirse con un correcto proceder intraprocesal, sino a la exigencia misma de evitar el proceso, no porque se carezca de razón o argumentos fácticos o jurídicos para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, sino porque se podría haber evitado la actividad procesal y, en consecuencia, el coste social del proceso y de sostenibilidad del servicio público de Justicia a través de la autocomposición"²⁰.

5. Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos

Según el artículo 8 de la LOEJ, "las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identi-

20 FERREIRO BAAMONDE, X., "El concepto de abuso del servicio público de Justicia en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal", en *Justicia restaurativa y medios adecuados de solución de conflictos* (coords.: TIerno BARRIOS, S. / RUIZ LÓPEZ, C.; dirs.: SERRANO HOYO, G. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N.), Editorial Dykinson (Madrid, 2023), p. 251.

dad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación”.

La utilización de medios telemáticos es preferente “cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de seiscientos euros”, y con la lógica salvedad de “que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”.

Estas precisiones del artículo 8, combinadas con lo establecido en el artículo 5 en cuanto a la singular matización de que “se considerará cumplido el requisito (de procedibilidad para demandar en vía civil) cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad”, debería habilitar, sin mayores problemas, a la utilización de cualquier medio telemático que garantice la recepción para realizar la actividad negociadora.

6. Confidencialidad y tratamiento de datos

Según el artículo 9.1 de la LOEJ: “El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes, a los abogados o abogadas intervinientes y, en su caso, a la tercera persona neutral que intervenga, que quedarán sujetos al deber y derecho de secreto profesional. Ninguno podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación”. Con relación a las abogadas y abogados intervinientes esta norma es una mera aplicación a los MASC de la garantía de confidencialidad y secreto profesional establecida en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. No nos extraña que también en el artículo 9.3 de la LOEJ, en línea con el artículo 16 de la LODD, se establezca que “si se pretendiese por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por los tribunales por aplicación del artículo 283.3 de la LEC, sin perjuicio, además, de la responsabilidad que dicha infracción genere en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, y según el artículo 9.2, se establecen cuatro excepciones. Tres de ellas son totalmente lógicas, pues se sustentan en la voluntad de las partes (letra a: “cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al abogado o abogada o a la tercera persona neutral del deber de confidencialidad”), en la investigación de los delitos (letra c: “cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces y juezas del orden jurisdiccional penal”), o en el orden público (letra d: “cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona”).

Mucho más criticable es la establecida en la letra b: “Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según el artículo 245 de la LEC y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores”. ¿Puede restringirse una garantía de

ejercicio del derecho de defensa, como es la confidencialidad de las negociaciones e incluso el secreto profesional, por un mero interés crematístico de las partes en orden a exonerarse de las costas o moderarse su cuantía? ¿No se estaría vulnerando con esa excepción el derecho de defensa amparado en artículo 24 de la Constitución Española?

Además, es imposible casar esta excepción con lo establecido en el artículo 16.2 de la LODD. Véase su literalidad: “Las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, incluso en fase extrajudicial, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio ni tendrán valor probatorio, excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente”.

Finalmente, el artículo 9.4 de la LOEJ se remite, en relación con el tratamiento de datos en los MASC, a lo que se establece en la normativa sobre protección de datos.

7. Honorarios de abogados/as y tendencia a la gratuidad

Los MASC generan dos tipos de gastos: los honorarios de los abogados o abogadas que asisten a cada parte y los gastos derivados del desarrollo del MASC.

En cuanto a los honorarios de los abogados o abogadas que asisten a cada parte, serán a cargo de la parte que asisten, salvo que la misma tenga derecho al beneficio de justicia gratuita (artículo 11.1 de la LOEJ). Lo que, visto desde la perspectiva del abogado o abogada de oficio, quiere decir que les corresponde gestionar el MASC.

En cuanto a los gastos derivados del desarrollo del MASC, la LOEJ, en su artículo 11.2, inciso inicial, apuesta por un servicio público de MASC: “se asegurará la existencia de mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes”. La disposición adicional 3ª de la LOEJ establece que, en el ámbito de sus respectivas competencias, el Ministerio de Justicia y las CCAA constituirán, en la forma que consideren adecuada, los servicios de MASC de manera que, con unas funciones mínimas²¹, se garantice el acceso universal de la ciudadanía al sistema de Justicia.

Ahora bien, si las partes deciden optar por otros mecanismos diferentes al servicio público e interviene una tercera persona neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes, o, si la parte invitada a partici-

21 La disposición adicional 3ª de la LOEJ enumera las funciones mínimas de dichos servicios: “a) Promover la adecuada utilización de los medios adecuados de solución de controversias, proporcionando a la ciudadanía y profesionales información sobre estos, su naturaleza, contenido, efectos de su utilización y recursos existentes. b) Administrar los recursos a su disposición. c) Colaborar con los registros de profesionales de medios adecuados de solución de controversias, en los términos que se determinen, facilitando la prestación del servicio que realizan. d) Poner a disposición de todas las personas interesadas los datos de los terceros neutrales e instituciones de medios adecuados de solución de controversias que reúnan los requisitos que se determinen legalmente. e) Informar a los órganos judiciales sobre estos medios y prestar el apoyo necesario a la derivación judicial. f) Llevar a cabo el control, seguimiento y estadística del desarrollo de este servicio. g) Coordinar la actuación de todos los colectivos profesionales, administraciones e instituciones implicados en su desenvolvimiento. h) Desarrollar cuantas labores sean necesarias para la implantación y utilización de estos métodos en el servicio público de Justicia”.

par en el proceso negociador no acepta la intervención de la tercera persona neutral propuesta unilateralmente por la otra parte, será esta la que deberá abonar íntegramente, de haberlos, los honorarios devengados hasta ese momento por la tercera persona neutral (artículo 11.2, incisos finales, de la LOEJ). La disposición adicional 2ª de la LOEJ, respondiendo a la tendencia hacia la gratuidad, establece que “para los casos en que la utilización del medio adecuado de resolución de controversias sea requisito de procedibilidad antes de acudir a los tribunales de justicia y para aquellos otros en que la intervención del tercero neutral se produzca por derivación de dichos tribunales una vez iniciado el proceso”, las Administraciones con competencias en materia de Justicia (sea el Ministerio de Justicia o las CCAA) “podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurren los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias”. Disposición que, por su literalidad, aparenta ser un brindis al sol (“podrán”, “en su caso”, “cuanto tengan por conveniente”, “en todo o en parte”, “para aquellas personas”, “en la medida en que”, “siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias”).

VIII. EL ÉXITO DE LA NEGOCIACIÓN

1. Formalización del acuerdo

La LOEJ, en su artículo 12, presupone la forma escrita para el acuerdo, pero puede estar plasmado en un documento privado, aunque su eficacia ejecutiva (como veremos más adelante) exige elevación a escritura pública u homologación judicial.

En cuanto al contenido mínimo del acuerdo, en el documento que lo recoja se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad de sus abogadas y abogados y de la tercera persona neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones de esta ley.

En cuanto a las personas intervinientes en el acuerdo, el acuerdo deberá firmarse por las partes y, en su caso, por sus representantes, y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene una tercera persona neutral esta entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservar otro ejemplar para su conservación.

Aunque vale el acuerdo en documento privado, las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública. De no atender la parte requerida la solicitud de elevación del acuerdo alcanzado a escritura pública, podrá otorgarse unilateralmente por la parte solicitante, debiendo hacerse la solicitud por medio del notario autorizante del instrumento público y dejar constancia en él. No será necesaria la presencia del tercero neutral en el acto de otorgamiento de la escritura.

Los gastos de otorgamiento de escrituras serán abonados según lo acordado por las partes. En defecto de acuerdo, serán pagados por la parte que solicite la elevación a

escritura pública, sin perjuicio de la repercusión como costas que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución, con la consideración de derechos arancelarios.

Para la elevación a escritura pública, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LOEJ y que su contenido no es contrario a Derecho.

Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública será necesario el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

Cuando así lo exija la ley o el acuerdo se hubiere alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación, que le dará fuerza ejecutiva.

2. Validez y eficacia del acuerdo

Según el artículo 13 de la LOEJ: El acuerdo alcanzado, que puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación, será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto (es una especie de cosa transigida). Contra lo convenido en dicho acuerdo solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, sin perjuicio de la oposición que pueda plantearse, en su caso, en el proceso de ejecución. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública, o ser homologado judicialmente cuando proceda, o bien constar en la certificación a que se refiere el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria si es consecuencia de una conciliación registral.

IX. EL FRACASO DE LA NEGOCIACIÓN

1. Terminación sin acuerdo o con intento sin efecto

De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la LOEJ, se puede considerar agotadas las posibilidades negociadoras en los siguientes supuestos:

1º. Cuando alguna de las partes no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora (supuesto de intento sin efecto).

2º. Cuando, a pesar de haber comparecido las partes, se ha agotado la negociación sin acuerdo: (a) Si transcurrieran treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte y no se mantuviera la primera reunión o contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. (b) Si, una vez iniciada la actividad negociadora, transcurrieran treinta días desde que una de las partes haga una propuesta concreta de acuerdo a la otra, sin que se alcance acuerdo ni se obtenga respuesta por escrito. El plazo de treinta días comenzará a contar desde la fecha de recepción de la propuesta concreta de acuerdo. (c) Si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo. No obstante, las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo. (d) Si cualquiera de las partes se dirige por escrito a la otra dando por terminadas las negociaciones, quedando constancia del intento de comunicación de ser esa su voluntad.

De los cuatro supuestos de celebración sin acuerdo, permítaseme vaticinar que el más transitado en la práctica será el de la letra c). El supuesto de la letra a) se puede tomar, a efectos de costas e imposición de multas en el proceso civil subsiguiente, como un incumplimiento de la parte demandada de su deber de negociar de buena fe al no avenirse a una primera reunión o contacto, ni responder por escrito. Por las mismas razones, el supuesto de la letra d) compromete a la parte que da por rotas las negociaciones, en este caso tanto si es la parte demandante como si es la demandada. El supuesto de la letra c) simplemente verifica el paso de tres meses desde la fecha de primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo y, si la parte demandante quiere acelerar el trámite (o la demandada, aunque se me antoja más inhabitual), la opción que tiene es la de letra b). Pero acudir a la letra b) obliga a la parte (usualmente la demandante) a hacer “una propuesta concreta de acuerdo a la otra”, y ello no siempre querrá hacerse atendiendo a razones tanto de fondo como de estrategia, sin que no hacerlo suponga incumplir con la buena fe (lo que explica que la norma no obliga a realizar ninguna propuesta de acuerdo, eso es facultativo para las partes). Ergo, si las partes no se quieren ver envueltas en problemas de costas o sanciones, y tampoco quieren hacer ninguna propuesta concreta de acuerdo, desembocaremos en la letra c).

A partir de esta constatación, la letra c) plantea el problema de la duración, que es excesiva, del plazo de tres meses. Un problema acrecentado por la incorrección de la fecha de inicio de ese plazo, pues se computa “desde la fecha de celebración de la primera reunión”, cuando lo más razonable sería “desde la fecha de recepción de la solicitud inicial de negociación por la otra parte”, que es lo que se establece en la letra a), con lo cual en la práctica le bastará a la parte demandante retrasar la contestación a la solicitud sin agotar el plazo de un mes (que determinaría la celebración sin avenencia) para que a los tres meses de la letra c) se le una casi un mes más derivado de la letra a).

Obviamente, estos plazos de tres meses mínimo y que podrían llegar a casi cuatro, repercutirá en una importante en la resolución de los litigios, que habrá que añadir a las demoras que, ya de por sí, vienen acumulando los órganos judiciales.

La cuestión, si grave en todos los casos, resulta aún más grave en determinados casos. Véase, en un ejemplo que me parece lacerante, el supuesto de una reclamación de alimentos pues, según el artículo 148 del Código Civil, “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda” (lo que ha ratificado recientemente la STS, Sala Civil, de 23/05/2022, Rec. 3775/2021). Pero, si se acudió a un MASC, lo más lógico sería que los efectos se pudiesen retrotraer a la fecha en que intentó el MASC, y más si tomamos en consideración su demora. Quizás los tribunales hagan una razonable interpretación judicial correctora, pero más razonable todavía sería que la ley resolviese pronto el problema como sí ha hecho el más diligente poder legislativo autonómico catalán: el artículo 237-5 del Código Civil de Cataluña establece que “se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial”.

2. Documentación

Según el artículo 10.1 de la LOEJ, “a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad, la actividad negociadora o el intento de la misma deberá ser recogida documentalmente”. Lo que se concreta en la norma distinguiendo dos posibilidades:

- Si no hubiera intervenido una tercera persona neutral, la acreditación se cumplirá mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas y, en su caso, de las personas profesionales o expertas que hayan participado asesorándolas, la fecha, el objeto de la controversia, la fecha de la reunión o reuniones mantenidas, en su caso, y la declaración responsable de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso. En su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro (artículo 10.2).
- En el caso de que haya intervenido una tercera persona neutral gestionando la actividad negociadora, esta deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar:
 - a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece o registro en el que esté inscrito.
 - b) La identidad de las partes.
 - c) El objeto de la controversia.
 - d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas.
 - e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente.

En caso de que alguna de las partes no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará dicha circunstancia y, en su caso, la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma (artículo 10.3).

Con estas disposiciones, la LOEJ despacha el tema de la documentación, imprescindible para poder demandar en la vía civil. En la práctica, se plantean numerosos problemas que se irán resolviendo en la práctica poco a poco por los y las LAJ y por los Tribunales de Instancia. A efectos de una mínima coordinación, se han realizado reuniones y acuerdos de los y las LAJ de diversas plazas que ofrecen criterios bastante razonables, y cuando menos uniformes para los territorios a los que se refieren.

En particular, se celebró un Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona, los días 20 y 21 de marzo de 2025²², en que se consideraron medios hábiles para acreditar el agotamiento del

²² Accesible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CONCLUSIONES-FORUM-MASC->

MASC: mail certificado (buromail); burofax; correo ordinario certificado, siempre que conste el contenido de lo enviado; correo electrónico, siempre que conste la recepción y el contenido de lo enviado; acta notarial; medio pactado: si las partes han pactado comunicarse por un medio electrónico se admite, o si es un correo electrónico en que ha intervenido un tercero de confianza. Por el contrario, se considerarán excluidos: no se aceptarán conversaciones whats-app, teléfono, o SMS.

En el supuesto de documento firmado por tercero neutral, el Fórum entiende: “La conciliación privada cabe ante ejercientes del colegio de la abogacía, procura, graduados sociales, economistas, notariado o registradores de la propiedad o cualquier otro colegio reconocido legalmente. Se considera necesaria la comprobación del número de colegiado del profesional actuante en alguno de los colegios que indica la ley

También el 27 de marzo de 2025 se celebró una Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada para la unificación de criterios ante la entrada en vigor de la LOEJ²³, donde, de una manera mucho más general, se aprobó por unanimidad que “para la admisión de la demanda deberá acreditarse no solo la remisión, sino la recepción por parte del destinatario de la documentación correspondiente según el MASC utilizado o que la misma no se ha recibido por causa imputable al destinatario”.

3. ¿Cómo se acredita el agotamiento si no se ha podido requerir a la parte demandada?

La acreditación del agotamiento del MASC en los términos establecidos en el artículo 10 de la LOEJ resulta imposible si no se ha podido requerir a la parte demandada, pues ese artículo solo contempla los supuestos en que ha sido posible dicho requerimiento. Pero habrá casos, no tan inusuales en la realidad, en que la parte demandada esté en desconocido paradero o no se consiga hacerle llegar la solicitud de inicio de la negociación. La solución a estos supuestos la encontramos no en el artículo 10 de la LOEJ, que sería su sede legislativa lógica, sino en el artículo 264.4º de la LEC (reformado por la LOEJ). Según se establece en dicha norma, “con la demanda o contestación habrán de presentarse ... el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido” (sic, debería decirse “requerida” para así concordar con el sujeto elidido “parte demandada”).

El Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona considera conveniente que se presente declaración responsable de imposibilidad también en los siguientes casos: si una de las partes se niega a firmar el documento conjunto acreditativo después de la negociación; si no se puede acreditar la entrega de la solicitud de negociación por falta de recepción efectiva, fecha y/o accesibilidad a contenido; y si el destinatario se niega a recibir-

LAJ-BARCELONA.pdf (consultado el 16/04/2025).

23 Accesible en <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2025/03/Acuerdo-unificacion-de-criterios-Jueces-Primera-Instancia-de-Granada-2.pdf> (consultado el 16/04/2025).

la. Supuestos los cuales se pueden reconducir, entendido en un sentido favorable a la efectividad de la tutela judicial, a desconocer el medio por el que puede ser requerida.

Ahora bien, esa declaración responsable no es una opción concedida a la parte demandante, sino que está sujeta a la constatación de su supuesto de hecho, a saber, el desconocimiento del domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerida, y, dado que los MASC se rigen por la buena fe, no basta con que la parte desconozca el domicilio o el medio para requerir a la declaración responsable, sino que debe haber actuado diligentemente para intentar el requerimiento (buena fe ética). La cuestión es relevante porque, si la parte demandada luego personada en el juicio civil, acredita que su domicilio se podría haber averiguado aplicando una diligencia debida, ello puede tener importancia tanto a efectos de admisión de la demanda, como, si la demanda ya ha sido admitida, a los efectos de las costas e imposición de multas.

De este modo, la parte demandante tendrá la carga de realizar una búsqueda diligente del domicilio de la parte demandada y una utilización, asimismo diligente, del medio para realizar el requerimiento, lo que probablemente acabe complicando la labor del abogado o abogada. Una solución práctica pudiera ser acudir, en esos casos de dificultad en las averiguaciones, a la conciliación regulada en los artículos 139 a 148 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Con ello traslada al órgano judicial las labores de averiguación del domicilio y la elección del medio de comunicación más eficaz, al mismo tiempo que se previene frente a alegatos de mala fe, temeridad procesal o abuso del servicio público de Justicia. Aunque también esto, dependiendo del órgano judicial, puede generar una demora superior a la que se derivaría de acudir a otros MASC.

También cabría plantear si sería posible alegar las dificultades de averiguación de domicilio y de elección de medio para el requerimiento en la propia demanda y, en la misma, solicitar el auxilio judicial. Sin embargo, el Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona no considera conveniente admitir la solicitud de auxilio judicial para averiguación del domicilio y posterior intento de negociación cuando se presente demanda con declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial, por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido. En tal caso (continúan las conclusiones del Fórum), puesto que no ha sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa, se considera que, admitida la demanda, y realizada la averiguación, una vez constatado el emplazamiento positivo de la parte demandada, se podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a un MASC conforme prevé el artículo 19.5 de la LEC.

4. Plazo para demandar (caducidad procesal)

El fracaso de la negociación en el Templo de la Concordia (usando la jerga legislativa) traerá consigo (salvo que se desista) el acceso al Templo de la Justicia. Pero este Templo de la Justicia no está abierto para siempre en cuanto que la LOJS obliga a usar la llave de acceso (el agotamiento del MASC) dentro del plazo establecido en el artículo 7.3 de la LOEJ: “En el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular

la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se haya dirigido la misma o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad”.

Se trata de un plazo de caducidad procesal, diferente a la prescripción de los derechos y a la caducidad de las acciones que están previstas en el derecho sustantivo. De esta manera, y como después el intento sin efecto o de la celebración sin avenencia del MASC se reinicia el plazo de prescripción y se reanuda el plazo de caducidad, es perfectamente posible tanto que los plazos de prescripción o de caducidad de derecho sustantivo se agoten antes de la finalización del año establecido para la caducidad procesal, como que el año establecido para la caducidad procesal se agote antes de la finalización de los plazos de prescripción o de caducidad de derecho sustantivo. Por lo tanto, las abogadas y los abogados deben estar atentos a una caducidad procesal que opera de manera autónoma a la prescripción y a la caducidad de derecho sustantivo.

Hemos de precisar que nada impide que, durante este plazo de un año, sigan las negociaciones para llegar a un acuerdo. De hecho, la LOEJ lo admite expresamente cuando, al establecer, en su artículo 10.4 c), que “se entenderá que se ha producido la terminación del proceso sin acuerdo ... si transcurrieran tres meses desde la fecha de celebración de la primera reunión sin que se hubiera alcanzado un acuerdo”, añade que “no obstante lo anterior, las partes tienen derecho a continuar de mutuo acuerdo con la actividad negociadora más allá de dicho plazo”. El problema es si esas negociaciones posteriores al plazo de tres meses (o al que corresponda en cada caso) se pueden considerar causa de suspensión del plazo de caducidad procesal de un año (lo que sería lógico si lo pretendido es fomentar la negociación), o debemos entender que este corre inexorablemente a pesar de la continuación de las negociaciones (lo que, aunque no es tan lógico, acaso sea más correcto pues un plazo de caducidad solo se suspende por las causas establecidas en la ley, y en la LOEJ no se contempla esa causa de suspensión).

Finalmente, el artículo 7.3 de la LOEJ establece un plazo especial más reducido para el supuesto de “si se hubieran acordado medidas cautelares durante la tramitación del proceso negociador”, en cuyo caso “las partes deberán presentar la demanda ante el mismo tribunal que conoció de aquellas en los veinte días siguientes desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha en que deba entenderse finalizado el proceso de negociación sin acuerdo”. Cuando las medidas cautelares se hubieran acordado antes del inicio del proceso negociador, el plazo de veinte días para presentar la demanda se suspenderá y reanudará, respectivamente, en los términos previstos en el artículo 7.1 (entendemos son los previstos para los plazos de caducidad).

X. REGULACIONES ESPECIALES DE DETERMINADOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Además de las disposiciones generales aplicables a todos los MASC contempladas en la LOEJ, esta misma contempla, por remisión a otras normas o por regulación en su propio seno, regulaciones especiales para unos determinados MASC.

Por remisión: en relación con la mediación, se remite a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (que, además, se ha visto modificada por la disposición adicional 20ª de la LOEJ), y, en su caso, a la legislación autonómica de aplicación; en relación con la conciliación ante notario, se remite al capítulo VII del título VII de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; en relación con la conciliación ante el registrador, se remite al título IV bis de la Ley Hipotecaria; en relación con la conciliación ante el o la LAJ, se remite al título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; y en relación con la conciliación ante el juez o la jueza de paz, se remite al artículo 47 de la LEC y al título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La LOEJ aclara que estos MASC son válidos a efectos de entender cumplido el requisito de procedibilidad del artículo 5 de la LOEJ.

Por regulación del MASC en el propio seno de la LOEJ: la conciliación privada (artículos 15 y 16); la oferta vinculante confidencial (artículo 17); la opinión de persona experta independiente (artículo 18); y el proceso de derecho colaborativo (artículo 19).

Con la finalidad de complementar estas regulaciones, el Gobierno remitirá en un año a las Cortes Generales “un proyecto de ley que regule el estatuto de la tercera persona neutral interviniente en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias”. Mientras no se apruebe ese estatuto, se aplicará el estatuto personal del mediador previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las leyes dictadas por las CCAA en el ámbito de sus competencias.

Hechas las referencias a las sedes normativas donde se regulan todos estos MASC, queda ya fuera de nuestra intención, así como del espacio que se asigna a un estudio de estas características, analizar la regulación especial de todos estos MASC.

XI. LAS REFORMAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LOS MECANISMOS PARA GARANTIZAR Y POTENCIAR LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La LOEJ, en su artículo 22, acomete diversas reformas en la LEC y, entre ellas, varias donde se contemplan hasta seis mecanismos procesales cuya finalidad es garantizar el agotamiento de los MASC antes del juicio y/o potenciar su utilización.

1. Los medios adecuados de solución de controversias como requisitos de procedibilidad: tratamiento procesal

En consonancia con el artículo 5 de la LOEJ, y según el artículo 264, nuevo número 4º, de la LEC, “con la demanda o contestación habrán de presentarse ... el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido”. Igualmente, el artículo 399.3, nuevo párrafo II, “así mismo, se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo o la imposibilidad del mismo, conforme a lo establecido en el ordinal 4.º del artículo 264, y se

manifestarán, en su caso, los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad”.

¿Cuál es el tratamiento procesal del requisito de procedibilidad? Artículo 403.2: “no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas, cuando no se hagan constar las circunstancias a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad o cuando no se hayan efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”.

Por lo tanto, se trata de un requisito apreciable de oficio. Aunque no se diga expresamente, también se puede alegar en la contestación a la demanda, no tanto la falta del MASC (pues será raro que se dé trámite si falta), como defectos en el MASC (por ejemplo, que no tiene el mismo objeto que la demanda, o que la descripción del proceso de negociación hecha en la demanda no se corresponde con la realidad, o que se ha faltado a la debida diligencia en la averiguación del domicilio, o que se ha producido la caducidad en la instancia por transcurso de un año desde el MASC), pues estas circunstancias se pueden pasar por alto por el o la LAJ, o por el juez, jueza o tribunal (aunque también entran dentro del control de oficio del requisito de procedibilidad).

No es un defecto subsanable, a nuestro entender y, aunque hay opiniones doctrinales en contrario²⁴, en la insubsanabilidad coinciden todas las Juntas de Jueces y reuniones de LAJ que han opinado: los Criterios orientativos aprobados por los Jueces de familia de Madrid-capital, por mayoría, en relación con el requisito de procedibilidad establecido en la LOEJ, el Acuerdo de unificación de criterios de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona, la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada para la unificación de criterios ante la entrada en vigor de la LOEJ, y el Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona. Luego, no es admisible que el demandante comunique que inicia la negociación durante el plazo de subsanación del artículo 231 LEC, y solicite para ello la suspensión del procedimiento conforme al artículo 19 LEC; tampoco es admisible que el demandante pida una ampliación del plazo de subsanación de la demanda hasta los 3 meses y cumpla el requisito de procedibilidad en ese intervalo.

Sí se podría subsanar la falta de acreditación del agotamiento del MASC, pues es un mero defecto formal, pero en ningún caso la falta del MASC antes de la demanda.

24 En contra y a favor de la subsanación, se manifiesta BANACLOCHE PALAO, J., quien, con invocación de la jurisprudencia constitucional antiformalista, concluye que “lo correcto en este caso sería que, ante una demanda de separación o divorcio o una solicitud de medidas provisionales previas que no hayan venido precedidas de una actividad negociadora previa, si un órgano judicial entiende -equivocadamente, a nuestro parecer- que debió instarse antes un MASC, el Letrado de la Administración de Justicia debería dar a las partes un plazo para subsanar, manteniendo mientras tanto en suspenso la admisión de la demanda hasta que se acredite, primero, el inicio de la actividad negociadora, y después su terminación con o sin acuerdo. Mientras, se podrían acordar las medidas urgentes que se consideraran necesarias para evitar una pérdida de derechos para los interesados” (“El éxito ...”, obra citada, p. 7).

Algunos problemas de aplicación se pueden plantear en los casos de litisconsorcio pasivo necesario, acumulación de acciones y demanda reconvenzional.

Apreciación de litis consorcio pasivo necesario en el trámite de admisión de la demanda o en algún trámite posterior. Según la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada para la unificación de criterios ante la entrada en vigor de la LOEJ, no es exigible el MASC “ya que afectaría e imposibilitaría a la parte dar cumplimiento a los plazos procesales correspondientes”. Sin embargo, esto me plantea ciertas dudas porque la LOEJ no contempla esta excepción, luego se debería exigir el MASC en relación con los sujetos afectados por la ampliación de la demanda. Lo que ocurre es que será imposible exigir su previo intento, de manera que debería permitirse la subsanación del agotamiento del MASC a la par que se subsana el defecto litisconsorcial, haciendo uso de la invitación regulada en el artículo 19.5 de la LEC.

Acumulación de acciones. El MASC es obligado para todas y cada una de las acciones ejercitadas, luego si solo se ha intentado en algunas, las demás se inadmiten.

Demanda reconvenzional. Según la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada para la unificación de criterios ante la entrada en vigor de la LOEJ, no es exigible el MASC “ya que afectaría e imposibilitaría a la parte dar cumplimiento a los plazos procesales correspondientes”. También el Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona se inclina por la no exigencia “por estar ya abierta la vía judicial”. Pero la LOEJ no contempla esta excepción, luego se debería exigir, y ello obligaría a la parte demandada a haber planteado la reconvencción bien con ocasión del MASC intentado por la parte demandante, o bien en un MASC independiente. Dicho de otro modo, la parte requerida por la contraria para un MASC debe poner encima de la mesa su pretensión reconvenzional antes de la interposición de la demanda principal, lo que, dicho sea de paso, es lo exigido para la reconvencción en los procesos laborales²⁵. Además, ello se compadece con las exigencias de la buena fe en la negociación pues difícilmente se llegará a un acuerdo en una controversia si una de las partes oculta a la otra una parte tan importante de esa controversia como para justificar una reconvencción.

2. Invitación a los medios adecuados de solución de controversias

Según lo establecido en el nuevo artículo 19.5 de la LEC (introducido por la LOEJ): En cualquier momento del procedimiento, el o la LAJ o el juez, jueza o tribunal podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere, mediante resolución motivada que podrá ser oral, que concurren circunstancias que posibilitan una solución del conflicto en dicho ámbito y, singularmente, en los casos en que no haya sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa. La derivación requerirá la conformidad de las partes, que podrán pedir conjuntamente la suspensión del procedimiento.

²⁵ Véase el artículo 85.3 de la LRJS: “(La parte demandada) únicamente podrá formular reconvencción cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta”.

En los procedimientos en que intervengan personas mayores (LEC, artículo 7 bis: 65 años o más) se valorará específicamente esta circunstancia para promover la solución de los mismos a través de medios adecuados de solución de controversias, con especial consideración a la salvaguarda del principio de igualdad entre las partes.

Se trata de una consecuencia lógica de que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación, a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (LEC, artículo 19.1.I). Y estos actos de disposición podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia (LEC, artículo 19.3). Pero con una limitación temporal: “estos actos de disposición no podrán realizarse una vez señalado día para la deliberación, votación y fallo del recurso de casación (LEC, artículo 19.1.II). La introducción de esta limitación responde a una petición del Tribunal Supremo, Sala Civil, dada la práctica de algunas entidades financieras en pleitos de consumo de desistir en el último momento procesal.

En concordancia con el nuevo artículo 19.5 de la LEC y en orden a su aplicación, la LOEJ acomete reformas en el proceso civil ordinario²⁶ y el juicio verbal²⁷.

3. Imposición de multas

La LOEJ ha añadido dos nuevos apartados al artículo 247 de la LEC. En el nuevo apartado 3, se establece que, si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal o con abuso del servicio público de Jus-

- 26 Aplicación del artículo 19.5 en el proceso civil ordinario (artículo 429.2): Si en la comparecencia previa se hiciera uso de la facultad prevista en el artículo 19.5 y todas las partes manifestaran su conformidad con la derivación, se acordará mediante providencia que podrá dictarse oralmente. La actividad de negociación deberá desarrollarse durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio. No obstante, si quince días antes de llegar dicho término todas las partes manifestaran la conveniencia de prorrogar dicho plazo por una sola vez y por un tiempo determinado que deberán especificar, el o la LAJ fijará nueva fecha para la celebración del juicio. En el caso de haberse alcanzado un acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial. Si el procedimiento seguido para alcanzar el acuerdo fuere una conciliación ante notario o registrador, se acreditará mediante la escritura o certificación registral, sin que sea precisa la homologación judicial.
- 27 Aplicación del artículo 19.5 en el juicio verbal (artículo 443.2): En atención al objeto del proceso el tribunal, antes de la práctica de la prueba, podrá plantear a las partes la posibilidad de derivación del litigio a un medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere y fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 19. Si todas las partes manifestaran su conformidad con la derivación, se acordará previa suspensión del procedimiento mediante providencia que podrá dictarse oralmente. La actividad de negociación deberá desarrollarse en el plazo máximo que fije el tribunal atendiendo a la complejidad del procedimiento y demás circunstancias concurrentes. No obstante, si quince días antes de cumplirse el plazo fijado judicialmente todas las partes manifestaran la conveniencia de prorrogar dicho plazo por una sola vez y por un tiempo determinado que deberán especificar de común acuerdo, el tribunal podrá acceder a ello si observa avances en la negociación que permiten prever una solución extrajudicial de la controversia en el nuevo plazo solicitado. Las partes deberán comunicar al tribunal si han alcanzado o no un acuerdo dentro del plazo fijado. Si han llegado a un acuerdo total el tribunal decretará el archivo del procedimiento, sin perjuicio de que las partes deban solicitar previamente su homologación judicial. En caso de desacuerdo o en caso de acuerdo parcial, y sin perjuicio de la homologación judicial del mismo, se acordará el levantamiento de la suspensión y la continuación de la vista para la práctica de las pruebas en el día que se señale al efecto. La asignación de fecha para la continuación de la vista se hará con carácter preferente.

ticia, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

En el nuevo apartado 4, se establece que, si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe o con abuso del servicio público de Justicia podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria. Cuando tal actuación se produzca en el ámbito de un proceso en el que la parte litigase con el beneficio de justicia gratuita, tal comunicación se remitirá también a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente.

4. Imposición de costas

Tras la LOEJ, el régimen de las costas de la primera instancia sigue siendo, sustancialmente, el mismo: se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (artículo 394.1.I); 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 (artículo 394.2.I); si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado (artículo 395.1).

Aunque el régimen de las costas de la primera instancia sigue siendo, sustancialmente, el mismo, los cambios de la LOEJ son bastante trascendentes:

En relación con el artículo 394.1.I (principio del vencimiento objetivo si hay un vencimiento total en la primera instancia), se añade que, no obstante, cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva, o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el o la LAJ durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un MASC al que hubiese sido efectivamente convocado.

En relación con el artículo 394.2 (no imposición de las costas si hay un vencimiento parcial en la primera instancia), se añade que, no obstante, si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un MASC, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el o la LAJ durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial.

Aunque estas dos normas están redactadas genéricamente, y en ellas cabe tanto la parte demandante como la parte demandada, son disposiciones que se aplicarán mayormente a la parte demanda pues, cuando fuera legalmente preceptivo un MASC, la parte demandante ya debió acreditar su intento para que su demanda fuera admitida. El único caso en que esas dos normas se aplicarán indistintamente a la parte demandante

como a la demanda es el de que el MASC lo hubiera acordado, durante el curso del procedimiento, el juez, la jueza o el tribunal o el o la LAJ, si bien en estos casos va a ser raro que alguna de las partes no acuda cuando hayan sido efectivamente convocadas.

En relación con el artículo 395.1 (condena en costas en caso de allanamiento), la novedad está en la posibilidad de imposición de las costas al demandado allanado antes de contestar a la demanda, no solo si el tribunal, razonándolo debidamente, aprecia mala fe en su conducta (como ya antes se decía), también (esta es la novedad) si aprecia abuso del servicio público de Justicia. Además, la nueva redacción concreta dos supuestos donde se aplicaría la imposición de costas al demandado allanado, a saber:

- Se entenderá que existe mala fe a estos efectos cuando, antes de presentada la demanda, se hubiese requerido al demandado para el cumplimiento de la obligación de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en medio adecuado de solución de controversias (artículo 395.1 *in fine*).
- Si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el o la LAJ durante el proceso y luego se allanare a la demanda, se le condenará en costas, salvo que el tribunal, en decisión debidamente motivada, aprecie circunstancias excepcionales para no imponérselas (artículo 395.3: se trata de supuesto que realmente viene a constituir otro caso de mala fe en la conducta de la parte demandada o abuso del servicio de Justicia).

Hemos de añadir a todo lo anterior, la novedad de que la cuenta del procurador o procuradora y la minuta del abogado o abogada se incluirán en la condena en costas, aunque dichos profesionales no fueran preceptivos. En este sentido, el artículo 32.5 de la LEC establece, en la redacción dada por la LOEJ, que, cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el Tribunal aprecie temeridad o abuso del servicio público de Justicia en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en partido judicial distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio (antes se decía en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, lo que ya se venía interpretando en el sentido de partido judicial distinto), operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el artículo 394.3 (salvo si se trata de un consumidor que ha optado por valerse de aquellos profesionales para interponer demanda tras haber formulado una reclamación extrajudicial previa).

5. De nuevo las costas, pero ahora para exonerar (la zanahoria en vez del palo)

Según el artículo 394, nuevo apartado 4, “si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia”. Aunque de nuevo la norma se

redacta genéricamente, y en ella cabe tanto la parte demandante como la parte demandada, en este caso la parte requirente a la que se le puede exonerar del pago de costas aun siendo vencida, será la parte demandante, pues obviamente para poder acceder al Templo de la Justicia ha sido quien ha acudido al Templo de la Concordia. Lo que no se acaba de entender es la salvedad final de que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia pues si ha intentado el MASC y la parte requerida ha rehusado intervenir en el mismo, por muy poco viables que fueran sus pretensiones, no parece que acudir a los tribunales para buscar una decisión sea conducta de mala fe.

¿Debería alegarse necesariamente esa exención antes de la sentencia para que pueda entrar en la discusión procesal y consiguientemente se pueda decidir en la sentencia resolviendo el litigio, o esto se puede alegar y decidir con posterioridad? Parece que esto último porque, sino, no tendría sentido la introducción, dentro de la regulación de la tasación de costas, de un apartado 5 en el artículo 245 según el cual: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores (sobre impugnación de la tasación de costas) y en el mismo plazo (común de 10 días tras la comunicación a las partes de la tasación de costas practicada por el o la LAJ), la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Las mismas consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta. A la solicitud de exoneración o modificación deberá acompañar la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad. De no acompañarse dicha documentación, el Letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, inadmitirá a trámite la solicitud. Frente a este decreto cabrá interponer recurso de revisión” (sin exigencia de reposición previa).

El procedimiento relativo al trámite y a la decisión de la solicitud de exoneración o reducción se regula en un nuevo artículo 245 bis, precisamente así intitulado²⁸.

28 Artículo 245 bis: “Tramitación y decisión de la solicitud de exoneración o reducción. 1. Si tras la tasación la parte condenada al pago de las costas hubiera solicitado su exoneración o la moderación de su cuantía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 245.5, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia dará traslado a la otra parte por tres días para que se pronuncie sobre dicha solicitud. 2. En el caso de que la parte favorecida por la condena en costas aceptase la exoneración o la reducción solicitada de contrario, se procederá por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a dictar decreto fijando, en su caso, la cantidad debida en los términos de la solicitud. Se entenderá que presta su conformidad a la solicitud si deja pasar el plazo sin evacuar el traslado. Contra este decreto cabrá interponer recurso de revisión. 3. En el caso de que la parte favorecida por la condena en costas no aceptase la exoneración o la reducción solicitada de contrario, se resolverá por el tribunal si son o no procedentes en la cuantía tasada, mediante auto sin condena en costas. Si se considerara procedente una reducción, el auto deberá indicar el porcentaje concreto y las partidas objeto de la misma. Contra este auto cabrá interponer recurso de reposición. 4. Una vez firme la resolución que hubiera denegado la exoneración o la reducción, así como la que hubiera reducido la cuantía de las costas, se procederá, en su caso, a tramitar la impugnación de la tasación de costas por excesivas o indebidas de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.

Se trata de una regulación sumamente inquietante, y que ya levantado las críticas de profesionales del foro²⁹. En primer lugar, porque supone revisar en ejecución de sentencia sobre unas costas que ya han sido impuestas en una sentencia firme, lo que plantea muchas dudas desde la perspectiva del derecho de defensa de las partes, que eventualmente se verá más constreñido en un incidente dentro de la ejecución de la sentencia que en el procedimiento previo al dictado de la sentencia, así como desde la perspectiva de la cosa juzgada de la sentencia, volviendo a entrar en algo que ya se resolvió. En segundo lugar, porque, a los efectos de resolver sobre esta exoneración / moderación, la norma se carga la confidencialidad pues, a la solicitud de exoneración o modificación deberá acompañar la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad, con una consecuencia tan radical que, de no acompañarse dicha documentación, el o la LAJ, mediante decreto, inadmitirá a trámite la solicitud.

6. El aseguramiento del resultado del medio adecuado de solución de controversias con medidas cautelares

En consonancia con la STJUE de 18/03/2010 (Telecom Italia SpA, C-317/08 a C-320/08 acumulados), donde se resolvió que “los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva (no) se oponen a una normativa nacional que impone (en relación con determinados litigios) la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial”, siempre que, entre otras condiciones, “sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”, el artículo 727.5ª de la LEC, en la redacción dada por la LOEJ, dice que podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares “la anotación preventiva de demanda, o de inicio de un medio de solución de controversias, arbitrajes y litigios extranjeros, conforme a lo dispuesto en el artículo 722, cuando éstos se refieran a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos”.

Además, el artículo 730.2.III-IV, en la redacción dada por la LOEJ, regula cómo se procede en relación con las medidas cautelares acordadas antes del inicio de un procedimiento de solución adecuada de controversias o durante su pendencia, una vez se ha alcanzado el acuerdo y se haya puesto de manifiesto ante el órgano judicial³⁰.

29 Para MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “hubiera tenido más sentido, por no hablar de la lógica, que se obligase al Juez a que en la resolución que pusiera fin al pleito hiciera una imposición más o menos detallada de las costas fijando una cuantía” (“Las novedades en materia de costas en Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10649, enero de 2025, p. 11).

30 Artículo 730.2.III-IV: “Cuando las medidas cautelares se hubieren acordado antes del inicio de un procedimiento de solución adecuada de controversias o durante su pendencia, alcanzado el acuerdo éste habrá de ser puesto de manifiesto ante el tribunal. En este acuerdo las partes deberán pronunciarse sobre el alzamiento, mantenimiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas. Si ambas partes solicitan el alzamiento se ordenará por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia. En otro caso, se dará cuenta al tribunal que, oídas las partes, resolverá lo procedente atendiendo a las circunstancias concurrentes. Si se hubiese practicado anotación preventiva de inicio de un procedimiento de solución extrajudicial, la anotación de demanda en el mismo asunto producirá sus efectos desde la fecha de la anotación vigente del procedimiento de solución extrajudicial. Las partes podrán solicitar el alzamiento de las medidas cautelares ante el tribunal competente en el plazo de veinte días desde la terminación del proceso negociador sin acuerdo o desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida en caso de que dicha propuesta inicial de acuerdo no obtenga respuesta”.

XII. OTROS MECANISMOS, NO PROCESALES, PARA POTENCIAR LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: FORMACIÓN Y FISCALIDAD

Consciente de la necesidad de cambiar la cultura de la controversia por la cultura de la negociación, la LOEJ, en su disposición adicional 4ª, rubricada “acciones para aumentar la visibilidad de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, se establecen dos medidas: una es la de que “la Administración General del Estado y las Comunidades autónomas promoverán acciones para aumentar la visibilidad de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, así como la negociación entre las partes, y potenciarán el uso de estos mecanismos frente a la vía exclusivamente judicial”; la otra medida es la de que, esos mismas Administraciones públicas “promoverán, en el ámbito de sus respectivas competencias, que las Universidades impulsen la enseñanza superior en materia de medios alternativos de resolución de conflictos, así como en técnicas de negociación para profesionales de la abogacía”.

Finalmente, la LOEJ establece un mecanismo de naturaleza tributaria para la potenciación de los MASC, acaso más limitado de lo que debiera si en efecto se quieren potenciar seriamente los MASC. La disposición final 14ª de la LOEJ acomete una reforma de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en concreto de su artículo 7 d), con la finalidad de extender la exención de tributación que, con anterioridad, se reconocía solo para “las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida”, también a las derivadas de MASC “siempre que en la obtención del acuerdo por ese medio haya intervenido un tercero neutral y el acuerdo se haya elevado a escritura pública, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” (o sea, el baremo de tráfico).

BIBLIOGRAFÍA

BLÁZQUEZ MARTÍN, R., “El impacto de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10643, enero de 2025.

CALAZA LÓPEZ, S.: “Decálogo procesal de urgencia: claves de la reforma de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10637, Sección Tribuna, 03/01/2025.

FERREIRO BAAMONDE, X., “El concepto de abuso del servicio público de Justicia en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en *Justicia restaurativa y medios adecuados de solución de conflictos* (coords.: TIerno BARRIOS, S. / RUIZ LÓPEZ, C.; dirs.: SERRANO HOYO, G. / RODRÍGUEZ GARCÍA, N.), Editorial Dykinson (Madrid, 2023).

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, UNED (Madrid, 2009).

GÓMEZ LINACERO, A.: “Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025, de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica”, *Diario La Ley*, n.º 10651, enero de 2025.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “A propósito de la nueva regulación de los «medios adecuados para la solución de conflictos» (MASC) en la Ley Orgánica 1/2025”, *Diario La Ley*, n.º 10651, enero de 2025.

JUECES DE FAMILIA DE MADRID-CAPITAL, “Criterios orientativos aprobados por los Jueces de familia de Madrid-capital, por mayoría, en relación con el requisito de procedibilidad establecido en la LOEJ”, accesibles en https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CRITERIOS_JUECES_FAMILIA_MADRID_REQUISITO_PROCEDIB_250319_125209.pdf (consultado el 16/04/2025).

JUNTA DE JUECES DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA, “Acuerdo de unificación de criterios de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona celebrada el 12 de marzo de 2025”, accesible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CONCLUSIONES-FORUM-MASC-LAJ-BARCELONA.pdf> (consultado el 16/04/2025).

JUNTA SECTORIAL DE JUECES DE PRIMERA INSTANCIA DE GRANADA, “Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Granada para la unificación de criterios ante la entrada en vigor de la LOEJ”, accesible en <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2025/03/Acuerdo-unificacion-de-criterios-Jueces-Primera-Instancia-de-Granada-2.pdf> (consultado el 16/04/2025).

LAJ DESTINADOS EN LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA, “Fórum de unificación de criterios de los LAJ destinados en los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Barcelona, los días 20 y 21 de marzo de 2025”, accesible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/CONCLUSIONES-FORUM-MASC-LAJ-BARCELONA.pdf> (consultado el 16/04/2025).

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Las novedades en materia de costas en Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Diario La Ley*, n.º 10649, enero de 2025.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi (Navarra, 2019).



LEY ORGÁNICA 1/2025, DE 2 DE ENERO: NOVEDADES DEL PROCESO PENAL. DE LAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

MARTA GARCÍA DE VICUÑA UNDA

FISCAL. ASESORA EN EL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Resumen: La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, introduce, no solo un nuevo modelo organizativo basado en los Tribunales de Instancia, sino también importantes reformas procesales. El presente texto repasa las principales novedades relativas al proceso penal, como son la atribución de la competencia en materia de violencia sexual a las Secciones de Violencia sobre la Mujer, la creación de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, las medidas de agilización procesal como las orientadas al fomento de la conformidad y la ampliación del ámbito de aplicación del juicio rápido, y las medidas de fortalecimiento del derecho de defensa.

Abstract: The Organic Law 1/2025, of January 2, on measures for the efficiency of the Public Justice Service, introduces, not only a new organizational model based on the Courts of Instance, but also significant procedural reforms. This text reviews the main developments related to criminal proceedings, such as the allocation of jurisdiction over sexual violence cases to the Women's Violence Sections, the creation of the Violence against Children and Adolescents Sections, procedural streamlining measures such as those aimed at promoting agreements, the expansion of the scope of the fast-track trial, and measures to strengthen the right to defense.

Palabras clave: Ley Orgánica 1/2025, proceso penal, violencia sexual, violencia contra la infancia y la adolescencia, conformidad, derecho de defensa, juicio rápido.

Keywords: Organic Law 1/2025, criminal procedure, sexual violence, violence against children and adolescents, plea agreement, right to defense, fast-track trial.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL. III. SECCIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. IV. FOMENTO DE LA CONFORMIDAD Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA. V. FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA. 1. Límite penológico para la celebración del juicio en ausencia. 2. Derecho del acusado a declarar en último lugar. 3. Información por escrito al acusado sobre los términos de la conformidad. VI. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL JUICIO RÁPIDO: USURPACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA. VII. IRRETROACTIVIDAD DE LAS REFORMAS PROCESALES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia es una pieza clave del proceso de transformación integral de la administración de justicia impulsado por el proyecto Justicia 2030, que se asienta sobre tres ejes fundamentales: la eficiencia digital, procesal y organizativa. Concretamente, esta ley divide sus disposiciones en dos grandes bloques: el título I se dedica al establecimiento del nuevo modelo organizativo; y el título II se centra en la introducción de reformas de carácter procesal.

En cuanto al nuevo modelo organizativo, esta ley crea los Tribunales de Instancia, que integran a los juzgados unipersonales en un único órgano por partido judicial, de forma que se va a pasar de 3.838 juzgados unipersonales a 431 Tribunales de Instancia a nivel nacional. Cada uno de los Tribunales de Instancia estará servido por una única Oficina Judicial, lo que permitirá construir un sistema más flexible, facilitando una distribución más equitativa de la carga de trabajo, una mayor especialización y una mejora en los tiempos de respuesta.

Además, se crean las Oficinas de Justicia en los Municipios, que sustituyen a los juzgados de paz y amplían las funciones que estos tenían para convertirse en un punto de contacto directo entre la ciudadanía y la administración de justicia, mejorando así su accesibilidad. Al integrar herramientas tecnológicas avanzadas, estas oficinas simplificarán los procedimientos y reducirán tiempos en la tramitación de los expedientes. Todo ello va a permitir una gestión más eficiente de los recursos disponibles y, por consiguiente, una notable agilización en la resolución de los procedimientos.

Por otro lado, en cuanto a las reformas procesales, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, continúa el camino iniciado por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio. Las reformas procesales introducidas en esta ley afectan a los distintos órdenes jurisdiccionales, pero en las siguientes líneas nos centraremos en las relativas al ámbito penal.

En relación con ello, cabe señalar que las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) son una muestra más del espíritu de la ley en su conjunto, ya que están orientadas a la agilización en la tramitación de los procedimientos, si bien, en este caso, prestando una especial atención a la protección

de los derechos de las víctimas de delitos y el fortalecimiento del derecho de defensa. A continuación, haremos un repaso de las principales novedades.

II. COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL

La disposición final vigésima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual contenía el mandato al Gobierno para que en plazo de un año desde la entrada en vigor de esa ley remitiera a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que abordara la atribución de la competencia en materia de violencia sexual a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

De este modo, se daba cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España, que se reflejan en diversos instrumentos normativos como el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa (Convenio de Estambul), que define la violencia contra las mujeres de manera amplia como «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, da cumplimiento a esa disposición, al modificar en su artículo 1 apartado veintiocho el artículo 89.5.h) LOPJ para atribuir el conocimiento de los delitos relativos a violencia sexual en los que la víctima sea mujer a los órganos con competencia en violencia sobre la mujer. Así, el artículo 89.5.h) dispone que «las Secciones de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, [...] de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II del Código Penal, por los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado, acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual cuando la persona ofendida por el delito sea mujer». Se modifica también, en el mismo sentido, el artículo 14 LECrim.

Esta atribución competencial tiene una *vacatio legis* de nueve meses desde la publicación de la ley, según la disposición transitoria cuarta y la disposición final trigésima octava.3. Es decir, ha entrado en vigor el 3 de octubre de 2025, con el consiguiente incremento de carga de trabajo para esta clase de órganos.

Con la finalidad de adaptar la planta judicial a estas nuevas necesidades, se ha aprobado el Real Decreto 422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal. En él se dota a la planta judicial española de cincuenta nuevas plazas en las Secciones de Violencia sobre la Mujer, en ocho casos mediante la transformación de plazas de la Sección de Instrucción; y en cuarenta y dos mediante su creación, incluida en este caso

la creación de la correspondiente plaza de fiscal especialista, de conformidad con lo previsto por el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2006.

Para ello, se ha llevado a cabo un estudio de cargas de trabajo de todas las Secciones de Violencia sobre la Mujer de España con la atribución de la nueva competencia en materia de violencia sexual. A la vista de sus resultados se ha planteado la transformación o creación de una plaza. En aquellos partidos judiciales en los que mediante la transformación de una plaza de la Sección de Instrucción resulta una distribución equilibrada de la carga de trabajo entre esta y la Sección de Violencia sobre la Mujer, se ha optado por esta vía. En aquellos casos en que esta alternativa resulta insuficiente, se ha optado por la creación.

Asimismo, en virtud del artículo 89.3 LOPJ, este real decreto contempla la creación de nuevas agrupaciones de partidos judiciales mediante la extensión de la jurisdicción de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de determinados Tribunales de Instancia a partidos judiciales limítrofes. Su objetivo es mantener un adecuado equilibrio entre la proximidad del órgano judicial respecto de la víctima y la respuesta especializada que exige el tratamiento de este tipo de procedimientos.

Cabe destacar también que, con la finalidad de garantizar que la administración de justicia cuente en todo momento con los medios necesarios para atender a las víctimas de violencia de género y violencia sexual, adaptándose a las necesidades futuras que vayan surgiendo, la disposición adicional única del real decreto contempla que transcurrido un año a contar desde el 31 de diciembre de 2025 se analicen los datos de las cargas de trabajo de las distintas plazas de Secciones de Violencia sobre la Mujer constituidas y transformadas para valorar la necesidad de realizar nuevas adaptaciones de la planta judicial.

Este real decreto, cuya tramitación se sustanció con carácter urgente según lo autorizado por medio de Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2025, da también cumplimiento a las medias 169 y 198 del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, renovado el 26 de febrero de 2025, referentes a la ampliación de la jurisdicción de los órganos de violencia sobre la mujer y la adaptación de los recursos especializados en la materia a las necesidades y cargas de trabajo, respectivamente.

Por último, cabe destacar que la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, modifica también el artículo 2.h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, con fecha de entrada en vigor el 3 de octubre de 2025, para incluir a las mujeres y personas menores de edad que sean víctimas de violencia sexual entre los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar. Se refuerza, pues, también por esta vía su protección.

III. SECCIONES DE VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

La disposición final vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, otorgó al Gobierno el mandato

de presentar ante las Cortes Generales, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, un proyecto de modificación normativa para garantizar la especialización de los órganos judiciales en el conocimiento de los delitos cometidos contra personas menores de edad, con el fin de ofrecer una atención especializada a la infancia y adolescencia víctimas de violencia.

En cumplimiento de este mandato, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, contempla la posibilidad de que los Tribunales de Instancia cuenten con una Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, competente para conocer de las materias recogidas en el artículo 89 bis.5 LOPJ. Ahora bien, aunque esta ley prevé la creación de esta clase de secciones, no las insta directamente en ningún Tribunal de Instancia. Su creación concreta se lleva a cabo por medio del Real Decreto 422/2025, de 3 de junio, por el que se dotan nuevas plazas en Secciones de Violencia sobre la Mujer, se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y se amplía y modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal, y se crean Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en determinados Tribunales de Instancia. Este real decreto crea estas secciones en aquellos partidos judiciales en los que, en atención de la carga de trabajo sobre la materia, se aprecia la necesidad. Se trata, concretamente, de los Tribunales de Instancia de Madrid, Barcelona y Málaga.

En aquellos Tribunales de Instancia en los que no se crea una Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia como tal, el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar la especialización de una plaza judicial de la Sección de Instrucción, o de Civil y de Instrucción, de acuerdo con el artículo 89 bis.1 LOPJ. De esta manera, ese juez o jueza especializado conocerá de todos los asuntos de violencia contra la infancia y la adolescencia de su partido judicial, ya sea de forma exclusiva o, en su caso, junto con los restantes asuntos que por turno de reparto le correspondan. Se trataría de una situación equivalente a la que se produce actualmente en los partidos judiciales en los que no hay un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, pero sí que hay un juzgado especializado en el conocimiento de esa clase de asuntos.

Un ejemplo de este modelo de especialización es el proyecto piloto implementado en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria, que desde el 1 de octubre de 2021 asume la competencia exclusiva, pero no excluyente, sobre los delitos cometidos contra la infancia y la adolescencia. Este juzgado ha sido, hasta la fecha, el único órgano especializado en la materia en España.

La disposición adicional única del real decreto también contempla la revisión de los datos de cargas de trabajo en materia de violencia contra la infancia y la adolescencia transcurrido un año a contar desde el 31 de diciembre de 2025, de modo que mediante un nuevo análisis de los datos disponibles se puedan tomar las decisiones oportunas para la acomodación de la planta judicial y la mejor atención a las víctimas menores de edad.

Una cuestión destacable en relación con las competencias atribuidas a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia es que en caso de concurrencia de la competencia de esta clase de secciones con la de la Sección de Violencia sobre la Mujer, prevalece la de esta última. Así, el artículo 89 bis.7 LOPJ dispone que «[e]n caso

de que los hechos objeto de instrucción por la Sección de Violencia contra la Infancia y Adolescencia también pudieran ser conocidos por la Sección de Violencia sobre la Mujer, la competencia le corresponderá en todo caso a la última».

Es decir, en caso de que se produzca, por ejemplo, una agresión sexual a una niña de ocho años, la competencia para conocer corresponderá a la Sección de Violencia sobre la Mujer. Se trata de un criterio de atribución competencial no exento de críticas, puesto que podría considerarse que, en ese caso, la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, al estar especializada en la atención a víctimas menores de edad, cuenta con una formación y sensibilidad más acorde a sus necesidades. Y es que, el modo de conducir el interrogatorio y de valorar su resultado varía mucho en función de que la víctima sea una persona adulta o de corta edad.

Por último, se introduce la tramitación preferente de los procesos en los que la víctima sea menor de edad, tratando de minimizar de este modo la victimización secundaria derivada de la duración del procedimiento judicial.

IV. FOMENTO DE LA CONFORMIDAD Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Del mismo modo que en el ámbito civil y mercantil la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, trata de fomentar una cultura del acuerdo mediante la introducción de los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad, con algunas excepciones derivadas de la naturaleza del procedimiento o de su carácter urgente, en el ámbito penal se introducen reformas orientadas al fomento de la conformidad.

Así, se modifican los artículos 655 y 688 LECrim para suprimir el límite de pena para la conformidad. Anteriormente la conformidad en el ámbito del procedimiento ordinario estaba limitada a los supuestos en que la pena solicitada por las acusaciones fuera «de carácter correccional», término interpretado como pena de prisión no superior a seis años, tal y como recoge la Circular 2/1996, de 22 de mayo, de la Fiscalía General del Estado.

En la misma línea, en el ámbito del procedimiento abreviado, se ha modificado el artículo 787 LECrim para eliminar el límite penológico para la conformidad. Asimismo, se ha introducido una audiencia preliminar, que tiene carácter preceptivo, a la que serán citados únicamente el Ministerio Fiscal, las partes y las personas acusadas, y que tiene por objeto la celebración de una posible conformidad y el planteamiento de cuestiones previas (artículo 785 LECrim).

La introducción de esta audiencia preliminar, que no impide otro intento de acuerdo al comienzo del juicio oral, es una reforma con una gran capacidad de agilización procesal, ya que en la práctica resulta frecuente que un alto porcentaje de los señalamientos finalicen con conformidad. De este modo, se podrán acumular en una sola jornada un elevado número de audiencias preliminares, de forma que los señalamientos de juicios queden circunscritos a los casos en que esa posibilidad de acuerdo esté prácticamente descartada. Así, se optimiza el trabajo del personal al servicio de la administración de justicia en materia de citaciones y notificaciones y se evita el perjuicio que para testigos y peritos conlleva comparecer al juicio oral para, finalmente, no tener que prestar declaración.

Estas medidas orientadas al fomento de la conformidad tienen, no obstante, muy presente la protección de la víctima. Así, el artículo 787 ter.1 LECrim en su párrafo segundo prevé la audiencia a la víctima o persona perjudicada por parte del Ministerio Fiscal antes de la celebración de la conformidad, aunque no esté personada en la causa, siempre que sea posible y se estime necesario para ponderar correctamente sus efectos y alcance y, en todo caso, cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad de la cuantía sean especialmente significativos y, en todo caso, cuando se encuentre en situación de especial vulnerabilidad.

Por último, cabe reseñar que se modifican los artículos 785.9 y 787 ter.6 LECrim relativos al pronunciamiento y contenido de la sentencia de conformidad en el ámbito del procedimiento abreviado, para disponer que el órgano enjuiciador deberá pronunciarse sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y las liquidaciones de condena necesarias.

V. FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

1. Límite penológico para la celebración del juicio en ausencia

Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, el artículo 786.1 LECrim permitía la celebración del juicio oral en ausencia del acusado en el ámbito del procedimiento abreviado siempre y cuando (i) el acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775; (ii) así lo solicitara el Ministerio Fiscal o de la parte acusadora; (iii) se diera audiencia a la defensa; (iv) se estimara que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento; y (v) la pena solicitada no excediera de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no excediera de seis años.

En cuanto a este último requisito, el precepto no planteaba dudas en los casos en que la acusación lo fuera por un único delito, pero sí en los casos en que la acusación se dirigiera contra una misma persona por varios delitos que individualmente no excedieran ese límite penológico, pero sí lo hicieran en su conjunto. En estos casos, el tenor literal del artículo no concretaba si el límite de pena se debía aplicar a cada uno de los delitos por separado o si, por el contrario, era aplicable a la suma de todas las penas interesadas por los distintos delitos por los que se sostuviera la acusación.

Por ejemplo, si la acusación se dirigía por tres delitos y por cada uno de ellos se interesaba la imposición de un año y seis meses de prisión, la literalidad del precepto no permitía saber con claridad si el juicio podía celebrarse o no en ausencia. Si el límite se aplica a cada delito por separado, no habría problema, siempre y cuando concurrieran los restantes requisitos arriba mencionados. Si, por el contrario, el límite se aplica a la suma total de las penas, en este ejemplo no cabría la celebración del juicio en ausencia por exceder de dos años de prisión.

Esto daba lugar a diferentes interpretaciones jurisprudenciales. Así, algunas Audiencias Provinciales, consideraban que el límite debía aplicarse a la suma de todas las penas solicitadas. En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, la sentencia de la Audien-

cia Provincial de Barcelona n.º 612/2020, de 30 de noviembre (ECLI:ES:APB:2020:13569). Otras, en cambio, interpretaban que debía tenerse en cuenta la pena solicitada para cada uno de los delitos por separado, de forma que, si ninguna de ellas excedía de los umbrales previstos por el artículo 786, podía celebrarse el juicio en ausencia. Esta tesis se refleja, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria n.º 24/2012, de 23 de marzo (ECLI:ES:APSO:2012:81).

La nueva redacción de este precepto dota, pues, de mayor seguridad jurídica a la ciudadanía, al determinar con total claridad en qué supuestos se puede y no se puede celebrar el juicio en ausencia de la persona acusada, superando las interpretaciones divergentes existentes hasta ahora. Queda fuera de todo margen de interpretación un aspecto esencial del derecho de defensa.

2. Derecho del acusado a declarar en último lugar

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, modifica el artículo 701 LECrim para introducir el derecho del acusado a declarar en último lugar. A la redacción anterior, que indicaba que en el acto del juicio oral las pruebas se practicarán en el orden propuestas por cada parte en el escrito correspondiente, se añade que «si a propuesta de su defensa el acusado solicitara declarar en último lugar, el Presidente así lo acordará expresamente». Además, se trata de una posibilidad del acusado que no sustituye el derecho a la última palabra y que no puede verse afectada por la facultad del Presidente de alterar el orden de práctica de la prueba a instancia de parte o de oficio.

De este modo, se colma una laguna de la LECrim, que no contemplaba expresamente el momento en el que el acusado debía prestar declaración. Se cristaliza, además, como derecho una práctica que ya venía siendo solicitada por muchos letrados, al considerar que declarar con conocimiento del resultado de la prueba testifical y pericial practicada en el juicio permite al acusado ejercer mejor su derecho de defensa, al poder adaptar su declaración al resultado de esa prueba. Consideraban que el derecho a la última palabra no podía sustituir a la posibilidad de declarar en último lugar para desplegar su estrategia procesal, al tratarse ese de un trámite final del juicio y escasamente determinante.

No obstante, solo algunos órganos judiciales accedían a esas solicitudes de que el acusado declarase en último lugar, tratándose de una práctica procesal minoritaria. De hecho, la doctrina del Tribunal Supremo recalca que el acusado no tenía derecho a declarar en último lugar y defendía los beneficios de la práctica procesal más extendida de que el acusado declarara al comienzo de la práctica de la prueba. En este sentido, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º STS 700/2020, de 16 de diciembre (ECLI: ES:TS:2020:4332) indica que *«un “usus fori” muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas. [...] Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o*

meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro “usus fori” muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio. [...] hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio».

3. Información por escrito al acusado sobre los términos de la conformidad

Se modifican también los artículos 655 y 787 LECrim para establecer el deber del letrado de informar por escrito al acusado sobre los términos de la conformidad. Se trata de una garantía adicional para asegurar que la persona que va a llevar a cabo el reconocimiento de hechos y la aceptación de la pena conoce plenamente los términos del acuerdo alcanzado y su trascendencia.

VI. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL JUICIO RÁPIDO: USURPACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, ha modificado el artículo 795 LECrim para incluir en el ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el delito de usurpación del artículo 245 del Código Penal (en adelante, CP) y el allanamiento de morada del artículo 202 CP.

En cuanto al delito de usurpación, la reforma operada incluye dentro del ámbito de aplicación del juicio rápido el artículo 245 CP en su conjunto, cuando el subtipo de su apartado segundo es constitutivo de delito leve. Esta aparente errata del legislador se puede suplir fácilmente por vía interpretativa, entendiendo que los delitos del artículo 245.1 CP se tramitarán por los cauces del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos cuando concurren los requisitos para ello; y los del artículo 245.2 CP por el procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

En cuanto al allanamiento de morada, en cambio, la omisión del legislador plantea mayores dificultades. Pese a modificarse el artículo 795 LECrim, no se ha reformado en consonancia el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante, LOTJ), que sigue, por tanto, incluyendo dentro del ámbito competencial del Tribunal del Jurado el allanamiento de morada.

Para tratar de salvar esta incongruencia normativa, nos podríamos plantear la posibilidad de entender tácitamente derogado el apartado 2.d del artículo 1 LOTJ, de conformidad con la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero. Sin embargo, en un análisis más detenido debemos descartar esta posibilidad. La competencia del Tribunal del Jurado es una materia sujeta a reserva de ley orgánica que no puede, por tanto, ser modificada por medio de una ley ordinaria; y el artículo 20 de la Ley

Orgánica 1/2025, de 2 de enero, que reforma el artículo 795 LECrim, tiene carácter de ley ordinaria según la letra b de su disposición final trigésima séptima. Es decir, la reforma del artículo 795 LECrim, pese a incluirse dentro de una ley orgánica, tiene carácter de ley ordinaria, por lo que no puede considerarse que derogue tácitamente un precepto sujeto a reserva de ley orgánica.

Nos encontramos, por tanto, ante una disfunción normativa que deberá ser resuelta a través de la interpretación, a fin de delimitar con claridad el régimen procesal aplicable al delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 202 CP.

VII. IRRETROACTIVIDAD DE LAS REFORMAS PROCESALES

Como regla general las sucesiones de normas procesales se rigen por el principio *tempus regit actum*, en cuya virtud los actos procesales están sujetos a las normas procesales vigentes en el momento en el que se producen, salvo disposición legal en contrario. Pues bien, en el caso de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, el legislador ha previsto expresamente una excepción a ese principio general, al establecer en su disposición transitoria novena que las reformas procesales solo serán de aplicación a los procedimientos que se incoen a partir de su entrada en vigor, con algunas excepciones aplicables a procedimientos en tramitación.

En el ámbito del proceso penal, tales excepciones se circunscriben a la ampliación del contenido de la sentencia de conformidad mediante la reforma de los artículos 785.9 y 787 ter.6 LECrim antes mencionada, que se aplicarán a los procedimientos en los que no se haya celebrado juicio oral en la fecha de entrada en vigor de la ley.

En consecuencia, las restantes reformas realizadas en el proceso penal, como la supresión del límite de pena para la conformidad, la audiencia a la víctima con carácter previo a la conformidad, el derecho del acusado a declarar en último lugar, el límite de pena para la celebración del juicio en ausencia, o la ampliación del ámbito de aplicación del juicio rápido, no se podrán aplicar a los procedimientos que estuvieran en tramitación en el momento de su entrada en vigor el 3 de abril de 2025. Únicamente serán aplicables a los procedimientos que se incoen a partir de esa fecha.



HACIA UNA JUSTICIA DIGITAL. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA EFICIENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA QUE DEBEN PLASMARSE EN LOS SERVICIOS DIGITALES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JAVIER CASADO ROMÁN

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Resumen: Durante los últimos años se ha producido una importante transformación digital en el mundo del derecho, por la utilización de las nuevas tecnologías al funcionamiento de los juzgados y tribunales. La tradicional justicia en papel ha dado paso a una justicia basada en el expediente judicial electrónico y el uso de los medios tecnológicos para conseguir una mayor eficiencia y eficacia en su funcionamiento.

En el presente artículo analizaremos los aspectos más relevantes de la regulación actual sobre esta materia, que es consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Con la entrada en vigor de esta norma, se ha producido una reforma tecnológica para los profesionales de la justicia, que va a permitir abordar los procedimientos judiciales con la mentalidad del siglo XXI, optimizando y mejorando la tramitación de los procedimientos judiciales, con herramientas que van a acercar la justicia a los ciudadanos.

Abstract: In recent years there has been an important digital transformation in the legal world due to the use of new technologies to the operation of courts and tribunals. Traditional paper justice has given way to justice based on the electronic judicial file and the use of technological means to achieve greater efficiency and effectiveness in its operation.

In this article we will analyze the most relevant aspects of the current regulation on this matter, which is the consequence of the approval of Royal Decree-Law 6/2023, of December 19, which approves urgent measures for the execution of the Recovery, Transformation and Resilience Plan in matters of public service of justice, public function, local regime and patronage.

With the entry into force of this regulation, there has been a technological reform for practitioners which will allow judicial procedures to be approached with the mentality of the 21st century, optimizing and improving the processing of judicial procedures, with tools that will bring justice closer to citizens.

Palabras clave: Digitalización, modernización de la justicia, Real Decreto-ley 6/2023, expediente judicial electrónico y nuevas tecnologías.

Keywords: Digitalisation, modernisation of justice, Royal Decree-Law 6/2023, electronic judicial file and new technologies.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE EFICIENCIA DIGITAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA. A) Antecedentes. B) Objeto, principios y ámbito de aplicación del Real decreto-ley 6/2023. C) Principios esenciales y características en materia de eficiencia digital. D) El acceso digital a la Administración de Justicia. E) Las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas. 3. LA JUSTICIA ORIENTADA AL DATO. 4. INMEDIACIÓN DIGITAL Y SERVICIOS NO PRESENCIALES. ACCESO Y LUGARES SEGUROS. 5. EL TELETRABAJO Y EL PUESTO DE TRABAJO DESLOCALIZADO. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Desde principios de este siglo XXI la sociedad ha experimentado un importante avance tecnológico, que se ha traducido en la utilización, en nuestra vida diaria, de instrumentos y aparatos digitales, que han mejorado y simplificado nuestra vida y la forma de trabajar.

Estos cambios tecnológicos han tenido también un reflejo en el ámbito de la Administración de Justicia. Frente a la tramitación en papel de los expedientes judiciales, se ha abierto paso una tramitación electrónica y la utilización de sistemas más modernas que favorecen y facilitan el trabajo para las oficinas judiciales y para los diferentes operadores jurídicos.

Tras la pandemia del COVID-19 se ha producido un avance muy significativo en la utilización de medios electrónicos, para hacer frente a las consecuencias que la misma, y el confinamiento, produjeron en nuestra sociedad. La Administración de Justicia no estuvo al margen de esta situación, impulsando el teletrabajo, la realización de vistas y actuaciones telemáticas, cita previa, firma electrónica, ...

Todos estos cambios digitales deben ir acompañados de un texto normativo que regule y actualice su utilización en la Administración de Justicia. Por esta razón, se ha apro-

bado el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, norma que ha de ponerse en relación con los cambios normativos que se están llevando a cabo, especialmente con el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios¹.

En la presente ponencia analizaremos los aspectos más relevantes del Real Decreto-ley 6/2023, especialmente los principios y los aspectos más novedosos que se contemplan en relación con la modernización de la Administración de Justicia.

2. MEDIDAS DE EFICIENCIA DIGITAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

A) Antecedentes

El primer antecedente en el camino hacia el uso de las nuevas tecnologías en la esfera judicial lo encontramos en la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la cual introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos para el desarrollo de la actividad y el ejercicio de las funciones de juzgados y tribunales².

La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia³, aprobada en 2002 por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, o el Plan de Transparencia Judicial⁴, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, se referían a la necesidad de una Justicia moderna y abierta a la ciudadanía, reconociendo el derecho de esta a “... comunicarse con la Administración de Justicia a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales, o la plena utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia ...”, con lo que se fue consolidando el compromiso de las distintas administraciones con la implantación de dichos medios.

El gran punto de inflexión en esta materia se produjo con la promulgación de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que estableció un verdadero marco tecnológico para el servicio público de Justicia, más allá de la utilización de herramientas tecnológicas concretas como el ordenador o los sistemas de gestión procesal.

En ella se introducían conceptos como el Punto de Acceso General de la Administración

1 https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-16-1.PDF

2 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-24612>

3 <https://sedejudicial.justicia.es/documents/20142/109376/Carta+de+derechos+de+los+ciudadanos.pdf/fb164806-c785-32fd-cd52-2864d2687622?t=1575025998590>

4 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-17951>

de Justicia⁵ y la Sede Judicial Electrónica⁶, así como la determinación y funciones del denominado Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica (CTEAJE).

Tras la pandemia originada por la COVID-19 y por la necesidad de establecer una regulación sobre la utilización de los medios electrónicos en la Administración de Justicia, adaptada a los avances que se habían producido en los últimos años, el entonces Ministerio de Justicia, con base en el Plan Justicia 2030, elaboró el anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia.

En aras a seguir avanzando en la modernización de la Administración de Justicia, se ha aprobado recientemente el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo⁷, norma que ha incluido un conjunto de medidas, en materia de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia, para hacer una Justicia más acorde a los tiempos que estamos viviendo.

B) Objeto, principios y ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 6/2023

La nueva regulación sobre eficiencia digital tiene por objeto “... regular la utilización de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y ciudadanas y los y las profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de administraciones públicas, y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas y dependientes ...”⁸.

La utilización de los medios tecnológicos en la Administración de Justicia debe garantizar, en todo caso, una serie de principios mínimos imprescindibles, de forma que aseguren y consolide la seguridad jurídica digital, el acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación, portabilidad e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione en el ejercicio de sus funciones, a la par que da soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional.

Para poder conseguir este objetivo se ha establecido un amplio ámbito de aplicación que permita implicar a todos aquellos que se relacionan con la Administración de Justicia, pero también a quienes forman parte de dicha Administración de Justicia. Por esta razón, el Real Decreto-ley se aplicará:

- A los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de Justicia. Este término de “ciudadanos” comprende a las personas jurídicas y otras entidades sin personalidad jurídica, salvo en los casos en que la misma norma especifique otra cosa⁹;

⁵ <https://www.administraciondejusticia.gob.es/>

⁶ <https://sedejudicial.justicia.es/>

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-25758>

⁸ Véase el artículo 1 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

⁹ A estos efectos, hay que recordar que las personas físicas también pueden relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, con carácter voluntario; mientras que para las personas jurídicas es obligatorio.

- A los y las profesionales¹⁰ que actúen en su ámbito. Dentro de los profesionales se incluyen a quienes ejercen la Abogacía, la Procura y a los Graduados y Graduas Sociales, entre otros profesionales, salvo en los casos en que la misma norma especifique otra cosa;
- A las relaciones entre la Administración de Justicia y el resto de administraciones públicas, así como a sus organismos públicos y entidades públicas vinculadas y dependientes.

Como puede verse, ampliando el ámbito de la norma se pretende conseguir generalizar el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones con la Administración de Justicia, pero sin que ello suponga vulnerar los derechos que tienen reconocidos, tal y como veremos posteriormente.

C) Principios esenciales y características en materia de eficiencia digital

El Real Decreto-ley 6/2023 es un texto normativo que pretende modernizar la Justicia mediante la utilización de medios electrónicos y digitales, superando la tradicional concepción que ha imperado en los órganos judiciales de que la tramitación de los procedimientos y la realización de actuaciones procesales debía realizarse en soporte papel. La propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley destaca que *“... Tanto el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes como las Comunidades Autónomas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia, se han visto en la necesidad de adaptarse a la nueva realidad tecnológica existente en el siglo XXI, y de valerse de los medios tecnológicos existentes para la mejora de la eficiencia del servicio público, como una demanda real y urgente de la ciudadanía. En la búsqueda de esa eficiencia es necesario que todo el territorio cuente con sistemas comunes, o de características análogas, interoperables, como garantía del derecho fundamental de acceso a la Justicia en igualdad de condiciones en todo el territorio del Estado. Por ello se pone el foco en el impulso de la cogobernanza ...”*.

La norma se fundamenta sobre una serie de principios sobre los que se va a sustentar la Justicia electrónica en los próximos años:

- La utilización de las tecnologías de la información en el ámbito de la Administración de Justicia y en las relaciones de la Administración de Justicia con el resto de administraciones públicas, y sus organismos y entidades vinculadas y dependientes.
- La utilización de las tecnologías de la información, asegurando la seguridad jurídica digital, el acceso, autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad, trazabilidad, conservación, portabilidad e interoperabilidad de los datos, informaciones y servicios que gestione en el ejercicio de sus funciones.

Para poder cumplir estos principios que acabamos de describir, es necesario que la

10 El Anexo del RDL 6/2023 define a los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia como *“... operadores jurídicos que, teniendo funciones de defensa, representación, peritaje, interpretación o cualesquiera otras que se determinen en las leyes procesales, sin pertenecer a ella por vínculos funcionariales o laborales, se relacionen de forma habitual con la Administración de Justicia ...”*.

Administración de Justicia disponga de Servicios Electrónicos. Tradicionalmente las Administraciones prestacionales se han encontrado en una situación heterogénea a la hora de establecer y disponer de los medios personales y materiales que son necesarios para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. El Real Decreto-ley pretende acabar con esta situación, asegurando la prestación del servicio por medios digitales equivalentes, interoperables y con niveles de calidad equiparables, que aseguren en todo el territorio del Estado¹¹

Entre las principales características que sustentan la redacción de estas medidas de eficacia digital, podemos destacar los siguientes:

- El establecimiento de “servicios electrónicos mínimos en todo el país”.
- La determinación de los derechos y obligaciones, que en el ámbito de la Administración de Justicia electrónica corresponden a ciudadanos, profesionales y operadores jurídicos.

11 En relación con los “Servicios electrónicos homogéneos de la Administración de Justicia”, la norma pretende asegurar, en todo el territorio del Estado, al menos, los siguientes servicios:

- a) *La itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos y oficinas judiciales, fiscalía europea, u oficinas fiscales.*
- b) *La interoperabilidad de datos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales, a los fines previstos en las leyes.*
- c) *La conservación y acceso a largo plazo de los expedientes y documentos electrónicos.*
- d) *La presentación de escritos y comunicaciones dirigidas a los órganos, oficinas judiciales y oficinas fiscales a través de un registro común para toda la Administración de Justicia, de manera complementaria e interoperable con los registros judiciales electrónicos que correspondan a una o varias oficinas judiciales en los distintos ámbitos de competencia, para aquellos usuarios externos a estos ámbitos de competencia.*
- e) *Un Punto de Acceso General de la Administración de Justicia.*
- f) *Un servicio personalizado, de acceso a los distintos servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración de Justicia que afecten a un ciudadano o ciudadana cuando sean parte o interesados legítimos y directos en un procedimiento o actuación judicial. A dicho servicio podrán ser accesibles a través de un servicio central, a través de las respectivas Sedes Judiciales Electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas.*
- g) *Un registro común de datos para el contacto electrónico de ciudadanos, ciudadanas y profesionales, interoperable con los posibles registros existentes, para facilitar el contacto de los usuarios en los distintos ámbitos de competencias.*
- h) *El acceso por parte de los y las profesionales a través de un punto común a todos los actos de comunicación de los que sean destinatarios, cualquiera que sea el órgano judicial u oficina fiscal que los haya emitido. Dicho acceso podrá realizarse a través de un punto común, a través de las respectivas Sedes Judiciales Electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas.*
- i) *El Tablón Edictal Judicial Único.*
- j) *Portales de datos en los términos previstos en el presente real decreto-ley.*
- k) *Un registro interoperable en el que conste el personal al servicio de la Administración de Justicia que haya sido habilitado para la realización de determinados trámites o actuaciones en ella.*
- l) *El Registro Electrónico de Apoderamientos Judiciales.*
- m) *La posible textualización de actuaciones orales registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.*
- n) *La identificación y firma de los intervinientes en actuaciones no presenciales.*
- ñ) *Las comunicaciones electrónicas transfronterizas relativas a actuaciones de cooperación jurídica internacional, a través de un nodo común que asegure el cumplimiento de los requisitos de interoperabilidad que se hayan convenido en el marco de la Unión Europea o, en su caso, de la normativa convencional de aplicación.*
- o) *La identificación y firma no criptográfica en las actuaciones y procedimientos judiciales llevados a cabo por videoconferencia, y en los servicios y actuaciones no presenciales.*
- p) *Aquellos otros servicios que se determinen por las administraciones públicas con competencias en medios materiales y personales de la Administración de Justicia, en el marco institucional de cooperación definido en el presente real decreto-ley”.*

- El establecimiento de la Justicia orientada al dato, como nuevo paradigma de actuación electrónica.
- La configuración de la *“inmediación digital”* y de los *“servicios no presenciales”*.
- La determinación de los puntos de acceso seguros y de los lugares seguros.
- La potenciación del acceso electrónico a la Administración de Justicia
- La identificación y firma digital, en consonancia con la regulación en la Unión Europea (eIDAS).

La redacción de la norma parte de una característica esencial: el carácter instrumental de la utilización de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia.

La utilización de los instrumentos electrónicos y digitales es un medio para la transformación digital de las oficinas judiciales y fiscales, de tal forma que se puedan aplicar los avances tecnológicos que la sociedad ha experimentado en los últimos años (especialmente como consecuencia de la pandemia), a mejorar el servicio público de Justicia.

La utilización de herramientas tecnológicas debe estar vinculada con el respeto a los derechos de quienes deben utilizar estos medios. Por ello, se establecen tres tipos de colectivos destinatarios de estos derechos, que están en sintonía con las obligaciones que se van a desprender de su utilización:

- Los ciudadanos, intentando combatir con la brecha digital y enlazando los medios electrónicos con el objetivo de hacer una Justicia que sea más próxima a la ciudadanía.
- Los profesionales al estar obligados a relacionarse por medios electrónicos con las oficinas judiciales y fiscales, permitiendo un acceso seguro, continuado y estable, no sólo al expediente electrónico, sino también a las herramientas digitales que están vinculadas con la Justicia.
- A los operadores jurídicos de la Administración de Justicia. Los jueces, letrados de la Administración de Justicia, fiscales, gestores procesales, tramitadores procesales, agentes judiciales, abogados del Estado, ... deben tener la posibilidad de poder utilizar los medios electrónicos en el ejercicio de sus funciones, asegurando una mejor prestación de las funciones que tienen encomendadas.

En relación con los ciudadanos, uno de los principales objetivos que se pretenden con esta nueva regulación es que éstos tengan el derecho a relacionarse con la Administración de Justicia de forma electrónica, de tal forma que puedan conocer la situación y estado de los procedimientos judiciales, pudiendo realizar actuaciones procesales a través de medios electrónicos, sin que sea necesario personarse materialmente en la sede de una oficina judicial.

Este objetivo no puede ser entendido como un principio absoluto, sino relativo, en cuanto que esta relación electrónica con la Administración de Justicia podrá estar sujeta a las limitaciones y restricciones que puedan establecerse legalmente. De esta forma, no siempre se podrá establecer una relación electrónica, siendo posible otras formas

de comunicación con la Administración de Justicia cuando las circunstancias o elementos concurrentes así lo exijan, especialmente para poder evitar cualquier tipo de indefensión a los derechos reconocidos legalmente a las partes en los procedimientos judiciales.

La Ley Orgánica del Poder Judicial¹² establece dentro de los Capítulos I y VII del Título III del Libro III (actuaciones judiciales), determinadas garantías, que, van a suponer, restricciones aplicables a la comunicación electrónica entre ciudadanos y la Administración de Justicia. En concreto estas limitaciones que habrá que tener en cuenta son las que versan sobre:

- La oralidad, publicidad y lengua oficial (artículos 238 a 243)
- Las notificaciones (artículos 270 a 272)

Dentro de los derechos reconocidos a la ciudadanía, los más relevantes son:

- a. A relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en la LOPJ, en la forma y con las limitaciones que en los mismos se establecen.
- b. A un servicio público de Justicia prestado por medios digitales.
- c. A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de la Administración de Justicia.
- d. A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- e. A un servicio personalizado de acceso a procedimientos, informaciones y servicios accesibles de la Administración de Justicia en los que sean partes o interesados legítimos.
- f. A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia.
- g. A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte procesal o interesados legítimos, en los términos establecidos en la LOPJ, y en las leyes procesales.
- h. A acceder y obtener copia del expediente judicial electrónico y de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo y directo, en los términos establecidos en la LOPJ, y en las leyes procesales.
- i. A la conservación por la Administración de Justicia en formato electrónico de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente conforme a la normativa vigente en materia de archivos judiciales.
- j. A utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica ante la Administra-

¹² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

ción de Justicia del documento nacional de identidad, aquellos otros dispositivos puestos a su disposición con la finalidad de facilitar su autenticación o firma de acuerdo con lo establecido el artículo 20 del presente real decreto-ley, así como aquellos otros determinados en la misma.

- k. A la protección de datos de carácter personal y, en particular, a la seguridad y confidencialidad de los datos que sean objeto de tratamiento por la Administración de Justicia, en los términos establecidos en el 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, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, con las especialidades establecidas en la LOPJ, así como los que deriven de leyes procesales.
- l. A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración de Justicia siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por la ciudadanía y, en todo caso, siempre que sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento de que se trate.
- m. A que las aplicaciones o sistemas para relacionarse telemáticamente con la Administración de Justicia estén disponibles en todas las lenguas oficiales del Estado en los términos previstos en el artículo 231 de la LOPJ.

Los profesionales que se relacionen con la Administración de Justicia tienen los siguientes derechos:

- 1. A acceder y conocer por medios electrónicos el estado de la tramitación de los procedimientos en los que, según conste en el procedimiento judicial, ostenten la representación procesal o asuman la defensa jurídica de parte personada o que haya acreditado interés legítimo y directo, en los términos establecidos en la LOPJ, y en las leyes procesales.
- 2. A acceder y obtener copia del expediente judicial electrónico y de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que, según conste en el procedimiento judicial, ostenten la representación procesal o asuman la defensa jurídica de parte personada o que haya acreditado interés legítimo y directo, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, y en las leyes procesales.
- 3. A acceder en formato electrónico a los documentos conservados por la Administración de Justicia que formen parte de un expediente, según la normativa vigente en materia de archivos judiciales.
- 4. A utilizar los sistemas de identificación y firma establecidos previstos en el pre-

sente real decreto-ley y de conformidad con la misma. A tal efecto, los Consejos Generales o Superiores profesionales correspondientes deberán poner a disposición de los órganos judiciales, oficinas judiciales y oficinas fiscales los protocolos y sistemas de interconexión que permitan el acceso necesario por medios electrónicos al registro de profesionales colegiados ejercientes previsto en el artículo 10 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, garantizando que en él consten sus datos profesionales, tales como nombre y apellidos de los y las profesionales colegiados, número de colegiación, títulos oficiales de los que estén en posesión, domicilio profesional y situación de habilitación profesional, y, en el caso de las sociedades profesionales, la denominación social de la misma, así como los datos de los socios otorgantes y de los y las profesionales que actúan en su seno.

5. A la garantía de la seguridad y confidencialidad y disponibilidad en el tratamiento de los datos personales realizado por la Administración de Justicia que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia en los términos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, y con las especialidades establecidas por esta; en las leyes procesales, en el presente real decreto-ley, en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016; en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre; y en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, así como los que deriven de leyes procesales. Corresponderá a la Administración competente cumplir con las responsabilidades que, como administración prestacional, tenga atribuidas en esa materia.
6. A que los sistemas de información de la Administración de Justicia posibiliten y favorezcan la desconexión digital, de manera que permita la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de los y las profesionales que se relacionen con la Administración de Justicia, con respeto a lo dispuesto en la legislación procesal.

La existencia de estos derechos reconocidos a ciudadanos y profesionales debe ponerse en contraposición con las obligaciones que se establecen con los funcionarios públicos relacionados con la Administración de Justicia. De esta forma, estos profesionales de tribunales, fiscalías, oficinas judiciales y oficinas fiscales utilizarán para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos puestos a su disposición por la Administración competente, siempre que dichos medios cumplan con los esquemas nacionales de interoperabilidad y seguridad, así como con la normativa técnica, instrucciones técnicas de seguridad, requisitos funcionales fijados por el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica y normativa de protección de datos personales. También supone que las correspondientes Administraciones prestacionales (Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, y Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia), deberán dotar a estas oficinas de los medios tecnológicos necesarios para que ciudadanos y profesionales puedan relacionarse electrónicamente con los funcionarios de la Administración de Justicia.

D) El acceso digital a la Administración de Justicia

El Real Decreto-ley, siguiendo la estela marcada por la Ley 18/2011, contempla la posibilidad de que pueda accederse electrónicamente a las actuaciones judiciales. Para facilitar este acceso, en su momento, se contempló la posibilidad de utilizar el Punto de Acceso General de la Administración de Justicia y la Sede Judicial Electrónica. Este acceso está enfocado, especialmente, para que ciudadanos y profesionales puedan acceder a este servicio público mediante la utilización de medios e instrumentos tecnológicos, lo que facilitaría garantizar el derecho de acceso a la Justicia de todos los ciudadanos, con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encontrasen.

Con el objetivo de potenciar este acceso electrónico, se contempla un sistema personalizado, que recibe el nombre de *“Carpeta Justicia”*. A través de la misma, y en términos similares al que está previsto en el ámbito de la Administración con la *“Carpeta Ciudadana”*¹³, las personas pueden acceder a la agenda de sus señalamientos, la visualización de los Expedientes Judiciales Electrónicos en los que sean parte o interesados, y realizar apoderamientos judiciales electrónicos y consultar los prestados, solicitar certificados del Registro Civil o de los Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, presentar escritos, pedir cita previa para ser atendidas, entre otros, utilizando para ello medios electrónicos.

A través de la *“Carpeta Justicia”*¹⁴, los ciudadanos también podrán conocer sus actos de comunicación mediante un sistema de identificación seguro. Dicho servicio podrá ofrecerse a través de un sistema común, a través de las respectivas Sedes Judiciales Electrónicas de cada uno de los territorios, o a través de ambos sistemas. En la actualidad está disponible respecto del ámbito del Ministerio, estando realizándose los desarrollos necesarios para que esté disponible la información respecto de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

Tal y como hemos mencionado con anterioridad, se pretende una homogeneización de los servicios mínimos que deben estar asociados al funcionamiento de la Administración de Justicia. Por ello, las administraciones competentes en materia de Justicia deberán contar, al menos, con los siguientes medios:

13 Véase <https://carpetaciudadana.gob.es/carpeta/clave.htm>

14 La carpeta Justicia deberá contener, como mínimo, los siguientes servicios:

1. La información necesaria que permita a los ciudadanos y ciudadanas su utilización.
2. La relación de los servicios que pueden obtener a través de la misma.
3. Los derechos y obligaciones de los ciudadanos y ciudadanas derivados de su uso.
4. La posibilidad de verificar los accesos previos por el ciudadano o ciudadana.
5. El acceso a los expedientes judiciales en el que el ciudadano fuese parte o interesado, de conformidad con lo establecido en este real decreto-ley.
6. El acceso y firma de los actos de comunicación de la Administración de Justicia pendientes, así como el acceso a los actos de comunicación ya practicados.
7. El acceso a la información personalizada que conste en el Tablón Edictal Judicial Único.
8. La obtención y gestión de cita previa en el ámbito judicial.
9. El acceso a una agenda personalizada de actuaciones ante la Administración de Justicia.
10. El acceso a los cauces para realizar sugerencias y quejas.

- a. Oficinas de información y atención al público que, en los procedimientos en los que los ciudadanos y ciudadanas comparezcan y actúen sin asistencia letrada y sin representación procesal, pondrán a su disposición de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos a los ciudadanos, debiendo contar con asistencia y orientación sobre su utilización bien a cargo del personal de las oficinas en que se ubiquen o bien por sistemas incorporados al propio medio o instrumento.
- b. Sedes judiciales electrónicas creadas y gestionadas por las distintas administraciones competentes en materia de Justicia y disponibles para las relaciones de la ciudadanía con la Administración de Justicia a través de redes de comunicación. Dichas sedes serán interoperables con la Carpeta Justicia y su relación se publicará por la Administración competente.
- c. Servicios de atención telefónica con los criterios de seguridad y las posibilidades técnicas existentes, que faciliten a los ciudadanos y ciudadanas las relaciones con la Administración de Justicia en lo que se refiere a los servicios electrónicos mencionados en este precepto.
- d. Puntos de información electrónicos, ubicados en los edificios judiciales.

Además, de lo previsto para la Carpeta Justicia como servicio personalizado, el acceso digital a la Administración de Justicia se realizará principalmente a través de la Sede Judicial Electrónica. Puede definirse la Sede como aquella dirección electrónica disponible para la ciudadanía a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las administraciones competentes en materia de Justicia.

La Sede Judicial Electrónica tiene su origen en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia¹⁵. A través de esta figura se pretendía por el legislador que en las mismas se realizarán las actuaciones por ciudadanos y profesionales con la Administración de Justicia. En concreto, se contemplaba que las Administraciones competentes en materia de justicia asegurasen el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales, que contasen con “*Puntos de acceso electrónico*”, consistentes en sedes judiciales electrónicas creadas y gestionadas por las distintas Administraciones competentes en materia de justicia y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación, para sus relaciones con la Administración de Justicia.

La nueva norma contempla, siguiendo las pautas de la Ley 18/2011, que estas las sedes judiciales electrónicas se creen mediante acto o resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado o el Boletín o Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Al menos deberán contener:

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>

1. Identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede, que incluya el nombre del dominio que le otorgue la Administración competente.
2. Identificación de su titular, así como del órgano u órganos administrativos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición de los ciudadanos, ciudadanas y profesionales en la misma.
3. Identificación de los canales de acceso a los servicios disponibles en la sede, con expresión, en su caso, de los teléfonos y oficinas a través de los cuales también puede accederse a los mismos.
4. Cauces disponibles para la formulación de sugerencias y quejas con respecto al servicio que presta la sede.
5. Acceso al expediente judicial electrónico, a la presentación de escritos, a la práctica de notificaciones y a la agenda de señalamientos e información, en su caso, de los sistemas habilitados de videoconferencia.

Mediante las sedes se realizarán preferentemente las actuaciones, procedimientos y servicios que requieran la autenticación de la Administración de Justicia o de los ciudadanos, ciudadanas por medios electrónicos, los cuales podrán ser accesibles desde la Carpeta Justicia. También hay que destacar que las sedes judiciales electrónicas dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias¹⁶.

E) Las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas

Uno de los principios esenciales sobre el que se asienta la nueva regulación sobre eficiencia digital es el cambio de paradigma sobre la Justicia, en cuanto que la misma debe estar orientada al dato, tal y como veremos posteriormente.

La información es un elemento esencial en la sociedad actual, y la posibilidad de utilizar la información que se desprende de los procedimientos judiciales, para realizar políti-

16 Conforme al Real Decreto-ley, las sedes judiciales electrónicas tendrán, al menos, los siguientes servicios a disposición de los ciudadanos, ciudadanas y profesionales:

- a) La relación de los servicios disponibles en la sede judicial electrónica.
- b) La carta de servicios y la carta de servicios electrónicos.
- c) La relación de los medios electrónicos que los ciudadanos, ciudadanas y profesionales pueden utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con la Administración de Justicia.
- d) Acceso al expediente judicial electrónico, a la presentación de escritos, a la práctica de actos de comunicación y a la agenda de señalamientos e información, en su caso, de los sistemas habilitados de videoconferencia.
- e) Un enlace para la formulación de sugerencias y quejas ante los órganos correspondientes.
- f) Acceso, en los términos establecidos en las leyes procesales, al estado de la tramitación del expediente.
- g) Un enlace al Tablón Edictal Judicial único, como medio de publicación y consulta de las resoluciones y comunicaciones que por disposición legal deban fijarse en el tablón de anuncios o edictos.
- h) Verificación de los sellos electrónicos de los órganos u organismos públicos que abarque la sede.
- i) Comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos que abarca la sede, que hayan sido autenticados mediante código seguro de verificación.
- j) Servicios de asesoramiento electrónico al usuario para la correcta utilización de la sede.
- k) La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.
- l) Enlace al apartado de instrucciones o gestión de cita para la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

cas públicas, mejorar el sistema y conseguir la trazabilidad de las actuaciones, debe dirigirse a conseguir la interoperabilidad y simplificación de los procesos en la esfera de la Justicia.

La orientación al dato debe ponerse en relación con la simplificación y mejora de las actuaciones judiciales, permitiendo que se optimicen los recursos y los medios de los que se disponen. Para ello, se contemplan tres tipos de actuaciones que se beneficiarán de este nuevo paradigma:

- a. Actuaciones automatizadas
- b. Actuaciones proactivas
- c. Actuaciones asistidas.

La gestión del dato y la utilización de estas nuevas técnicas de gestión de información van a ser clave en las políticas públicas modernas, especialmente en Justicia. La gestión sobre los mismos posibilitará o facilitará la interoperabilidad de los sistemas, la tramitación electrónica, la búsqueda y análisis de los datos, la *anonimización*¹⁷ y *seudonimización*, la elaboración de cuadros de mando, la gestión de documentos y su transformación, la publicación de información en portales de datos abiertos, la producción de actuaciones automatizadas, asistidas y proactivas, la utilización de sistemas de inteligencia artificial para la elaboración de políticas públicas, y la transmisión de los datos conforme a lo que se determine.

La primera de ellas, hace referencia a las Actuaciones automatizadas. A los efectos de esta norma, se entiende por actuación automatizada la actuación procesal producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención humana en cada caso singular. Con ello se contempla la automatización de las actuaciones de trámite o resolutorias simples, que no requieren interpretación jurídica, mediante sistemas electrónicos.

Entre los diferentes tipos de actuaciones automatizadas, se destacan las siguientes:

- 1. El numerado o paginado de los expedientes.
- 2. La remisión de asuntos al archivo cuando se den las condiciones procesales para ello.
- 3. La generación de copias y certificados.
- 4. La generación de libros.
- 5. La comprobación de representaciones.
- 6. La declaración de firmeza, de acuerdo con la ley procesal.

Estas actuaciones se ven especialmente facilitadas a través de la orientación al dato,

¹⁷ <https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/Transparencia%20de%20los%20medios%20empleados%20en%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20algoritmos%20de%20inteligencia%20artificiala.pdf>

que permite que algunas cuestiones que antes no se podían hacer de manera automática porque requerían que se leyera un documento, se procesara y se hicieran tareas con base en la información, se puedan ahora realizar de manera automática (por ejemplo, cálculo de plazos con base a fechas que aparecen como datos, comprobaciones automáticas de situación concursal de una empresa, en base a NIF y tipo de proceso judicial, etc.).

En cualquier caso, será necesario establecer los elementos o requisitos que deberán cumplir esta modalidad de actuación. Así, por ejemplo, los escritos y documentos iniciadores o de trámite presentados de forma automatizada deberán cumplir los requisitos procesales, así como los requisitos técnicos que se determinen por normativa de esa naturaleza.

La segunda modalidad de actuaciones, recibe el nombre de “*Actuaciones Proactivas*”. Las “*Actuaciones Proactivas*” son actuaciones automatizadas, auto-iniciadas por los sistemas de información sin intervención humana, que aprovechan la información incorporada en un expediente o procedimiento de una Administración pública con un fin determinado, para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo o en otros expedientes, de la misma o de otra Administración pública.

Este tipo de “*Actuaciones Proactivas*” van a permitir una mejor optimización de los medios electrónicos, así como la mejora de los procesos de trabajo en las oficinas judiciales y fiscales. Sin embargo, para que su funcionamiento sea adecuado es necesario que, a través del CTEAJE se identifiquen este tipo de actuaciones, para que se fomente la colaboración entre las diferentes administraciones públicas, y se establezca la definición de los parámetros y requisitos de compatibilidad necesarios para ello.

En todo caso, los sistemas de la Administración de Justicia asegurarán:

- a. Que todas las actuaciones automatizadas y proactivas se puedan identificar como tales, trazar y justificar.
- b. Que sea posible efectuar las mismas actuaciones en forma no automatizada.
- c. Que sea posible deshabilitar, revertir o dejar sin efecto las actuaciones automatizadas ya producidas.

La tercera modalidad de actuaciones que se contempla en la nueva regulación es la relativa a las “*Actuaciones asistidas*”. Las “*Actuaciones asistidas*” son aquellas para la que el sistema de información de la Administración de Justicia genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal.

La creación y utilización de las “*Actuaciones asistidas*”, debe estar sujeta a una serie de requisitos:

- El borrador documental que se hubiese generado a través de estas las “*Actuaciones asistidas*” no constituirá por sí una resolución judicial o procesal, sin validación de la autoridad competente. Los sistemas de la Administración de Justicia asegu-

rarán que el borrador documental sólo se genere a voluntad del usuario y pueda ser libre y enteramente modificado por éste.

- La constitución de resolución judicial o procesal requerirá siempre la validación del texto definitivo, por el juez o jueza, magistrado o magistrada, fiscal o letrado o letrada de la Administración de Justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias y bajo su responsabilidad, así como la identificación, autenticación o firma electrónica que en cada caso prevea la ley, además de los requisitos que las leyes procesales establezcan.

Como requisitos comunes de las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas, podemos destacar los siguientes:

- a. En caso de actuación automatizada, asistida o proactiva podrá realizarse por el CTEAJE la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, la auditoría del sistema de información y de su código fuente.
- b. Los criterios de decisión serán públicos y objetivos, dejando constancia de las decisiones tomadas en cada momento.
- c. Los sistemas incluirán los indicadores de gestión que se establezcan por la Comisión Nacional de Estadística Judicial y el CTEAJE¹⁸, cada uno en el ámbito de sus competencias.

3. LA JUSTICIA ORIENTADA AL DATO

Dentro de los aspectos más relevantes que contempla el Real Decreto-ley, existe uno que va a suponer un importante cambio en el paradigma de la Justicia, en cuanto va a permitir obtener una nueva visión más general y objetiva del funcionamiento, no sólo de la Justicia, sino también de la sociedad española. Esta novedad se basa en la denominada *“Justicia orientada al dato”*.

Los procedimientos judiciales contienen un relevante volumen de información sobre los aspectos que se derivan desde la interposición de la demanda, hasta su resolución y su posterior ejecución, en el caso de que la resolución definitiva no sea objeto de cumplimiento. Esta información supone disponer de un gran volumen de datos, datos que con el proceso de digitalización y transformación digital de la sociedad y de la Justicia, son esenciales para los gestores de los recursos públicos.

Partiendo de la importancia que tiene los datos actualmente, es necesario hacer un uso y gestión racional de los mismos, aprovechando las oportunidades que la información puede suministrar para la mejora de los servicios públicos, lo que va a permitir una mayor y mejor planificación económica, material, de recursos humanos, y, en general, de los medios de los que el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, y las Comunidades Autónomas prestacionales pueden disponer. La gestión de estos datos va a posibilitar una mejor toma de decisiones estratégicas en los procedimientos

¹⁸ <https://www.cteaje.gob.es/>

judiciales que son especialmente relevantes para los ciudadanos, especialmente en situaciones de crisis económica o de momentos económicos convulsos.

Para poder realizar esta gestión, el nuevo texto normativo consagra el principio general de orientación al dato.

Al amparo de este principio, los diferentes sistemas de información y comunicación deben asegurar la entrada, incorporación y tratamiento de la información en forma de metadatos, conforme a esquemas comunes, y en modelos de datos comunes e interoperables. Mediante su utilización, se pretenden conseguir los siguientes objetivos o finalidades:

- a. La interoperabilidad de los sistemas informáticos a disposición de la Administración de Justicia.
- b. La tramitación electrónica de procedimientos judiciales.
- c. La búsqueda y análisis de datos y documentos para fines jurisdiccionales y organizativos.
- d. La búsqueda y análisis de datos para fines de estadística.
- e. La anonimización y seudonimización de datos y documentos.
- f. El uso de datos a través de cuadros de mandos o herramientas similares, por cada Administración pública en el marco de sus competencias.
- g. La gestión de documentos.
- h. La autodocumentación y la transformación de los documentos.
- i. La publicación de información en portales de datos abiertos en la forma que se determine.
- j. La producción de actuaciones judiciales y procesales automatizadas, asistidas y proactivas, de conformidad con la ley.
- k. La aplicación de técnicas de inteligencia artificial para los fines anteriores u otros que sirvan de apoyo a la función jurisdiccional, a la tramitación, en su caso, de procedimientos judiciales, y a la definición y ejecución de políticas públicas relativas a la Administración de Justicia.
- l. La transmisión de datos entre órganos judiciales, administraciones públicas y asimismo con los ciudadanos y ciudadanas o personas jurídicas, de acuerdo con la ley.
- m. Cualquier otra finalidad legítima de interés para la Administración de Justicia.

La obtención de datos en el ámbito de la Administración de Justicia debe estar en relación con su intercambio entre las administraciones prestacionales y con otras instituciones y organismos públicos, pero también entre las partes o interesados y los órganos judiciales.

Para que estos intercambios puedan producirse, es necesario que los mismos sean *“datos estructurados”*. Los datos estructurados son un conjunto de datos organizados bajo una estructura o regla determinadas, que están estandarizadas, lo que determina que sean iguales en su forma y en su definición, y una mayor simplicidad en su procesamiento, lo que permite su incorporación a una base de datos.

Para conseguir esta homogeneización, la transmisión de información en modelos y estándares de datos entre tribunales, oficinas judiciales y oficinas fiscales y entre estos y otros intervinientes se efectuará en los términos que se determinen en la normativa técnica de aplicación, definida por CTEAJE, que asegurará:

- Su confiabilidad
- Su posible automatización
- Su integración en el expediente judicial electrónico para su visualización por el usuario.

La utilización de los *“datos estructurados”* para la transmisión de información se efectuará en los términos que se determinen en la normativa técnica de CTEAJE. Se pondrá a disposición de las Administraciones que lo requieran una plataforma de interoperabilidad de datos, siendo el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes el responsable de garantizar su funcionamiento y gestión. Esta plataforma deberá ser plenamente interoperable con la Plataforma de Intermediación de Datos de la Administración General del Estado, cuando los datos sean necesarios para la tramitación de alguna Administración.

El intercambio de datos se podrá realizar entre todas las Administraciones implicadas a través de la plataforma a la que nos acabamos de referir. Estos intercambios se producirán con la finalidad de agilizar los procesos judiciales y la eficiencia procesal, desarrollando las actuaciones oportunas, entre las que podrá estar la suscripción de convenios con entidades de derecho público o sujetos de derecho privado. Todo ello, sin perjuicio de que, además, este intercambio, se pueda llevar a cabo con otras Administraciones Públicas.

También se contempla en el Real Decreto-ley el *“intercambio masivo de datos”*, que permita que personas físicas o jurídicas puedan intercambiar un importante volumen de datos. Las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte y los colectivos de personas físicas, así como los profesionales de la Abogacía, Procura y Graduados y Graduadas Sociales, estarán obligados al uso de estos sistemas de intercambio masivo de datos e información, siendo voluntario para las personas físicas.

Con la finalidad de que estos intercambios masivos no afecten al funcionamiento ordinario de los sistemas, se podrá fijar franjas horarias, a fin de evitar la saturación de dichos sistemas o por otras razones de eficiencia tecnológica.

El Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes ha puesto a disposición de ciudadanos y colectivos un portal web dirigido a presentar la *“Justicia en*

*Datos*¹⁹. Como el mismo dice, “... El portal de la Justicia en datos responde, con arreglo a este principio, a la necesidad histórica de ofrecer a la ciudadanía un espacio público, común, reutilizable y transparente de datos relativos a la justicia, así como a la oportunidad de orientar al dato la implementación y gestión de políticas públicas basadas en la transparencia y la calidad, todo ello en el contexto de la Estrategia Europea de Datos de la Unión Europea para el período 2019-2024 ...”.

El Portal está dividido en cuatro grandes áreas temáticas:

- Comisión nacional de Estadística Judicial
- Administración de Justicia
- Datos socioeconómicos territorializados
- Justicia orientada al dato, apartado que comprende el análisis de datos, así como el catálogo de datos.

4. INMEDIACIÓN DIGITAL Y SERVICIOS NO PRESENCIALES. ACCESO Y LUGARES SEGUROS

Durante la situación de pandemia por el COVID-19 los ciudadanos, profesionales y empleados públicos se vieron afectados por las limitaciones de movilidad que se produjeron como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma en nuestro país. Sin embargo, los servicios públicos esenciales, entre los cuales se encuentra la Justicia, siguieron funcionando.

Como consecuencia de esta pandemia, la Administración de Justicia sufrió una ralentización importante en su funcionamiento, lo que trajo consigo que el Gobierno dictase el Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, para mejorar y agilizar la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produjera el levantamiento de la suspensión.

Posteriormente se aprobó la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia²⁰. La ley contemplaba medidas de carácter organizativo para garantizar la distancia de seguridad durante las vistas y audiencias públicas, protegiendo la presencialidad del investigado o acusado en el ámbito penal o las exploraciones médico forenses. Para ello, la norma contemplaba la utilización de los medios e instrumentos tecnológicos en la Administración de Justicia, para evitar la presencia de los ciudadanos y profesionales en las sedes judiciales, o para reducir su asistencia a las mismas, de tal forma que se limitasen los posibles contagios que esa presencia material podía originar.

Con el objetivo de asegurar el funcionamiento de los órganos judiciales, pero garantizando la seguridad de ciudadanos y operadores jurídicos, se estableció la celebración

¹⁹ <https://datos.justicia.es/>

²⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>

de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio, salvaguardando los derechos de todas las partes del proceso. Siendo esta la regla general, existían ciertas excepciones, para garantizar los derechos de las partes en los procesos judiciales, especialmente en el orden jurisdiccional penal, en la cual, la celebración preferentemente telemática se exceptuaba en los supuestos de procedimientos por delitos graves, cuando se solicitase la prisión provisional o pena de prisión superior a dos años, en cuyo caso, la presencia física del acusado resultaba necesaria.

A esto hay que sumar la atención al público por videoconferencia, vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa. De esta forma, se limitaban los riesgos frente a posibles contagios y se racionalizaba la utilización de las sedes judiciales durante el periodo de pandemia.

Específicamente, el artículo 14 de la Ley 3/2020 contemplaba la celebración de actos procesales mediante presencia telemática²¹:

“1. Hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado.

3. Las deliberaciones de los tribunales tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello.

4. Lo dispuesto en el apartado primero será también aplicable a los actos que se practiquen en las fiscalías.

21 Se contemplaba en la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2020 que estas medidas contenidas fuesen de aplicación en todo el territorio nacional hasta el 20 de junio de 2021 inclusive. No obstante, si a dicha fecha se mantuviera la situación de crisis sanitaria, sería de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declarase de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

5. Se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso. En especial, deberá garantizarse en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales.

6. En los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebren podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios”.

El Real Decreto-ley siguiendo la estela marcada por la ley 3/2020 contempla la posibilidad de realizar de forma telemática:

- a. Juicios y actuaciones judiciales, mediante videoconferencia (inmediación digital)
- b. Servicios no presenciales, que comprendería actuaciones procesales diferentes de las anteriores.

La intermediación digital comprende la posibilidad de que la ciudadanía, entidades privadas o administraciones públicas, así como los profesionales que les representan, puedan comparecer telemáticamente en, determinadas actuaciones procesales ante Jueces y Magistrados, como actos de conciliación ante letrados de la Administración de Justicia, entre otros. Para ello, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes ha integrado el sistema CI@ve de la AEAT²², desarrollando una aplicación propia llamada ClaveJusticia²³, que actúa como interfaz para que el funcionario de la Administración de Justicia pueda identificar con seguridad a las personas que participen en actos a distancia.

Para que dichas actuaciones por intermediación digital o a través de los servicios no presenciales puedan llevarse a cabo, es necesario romper la brecha digital y facilitar forma de acceso y espacios que permitan garantizar que dichos actos puedan llevarse a cabo garantizando la protección de las partes procesales y de los interesados. Por ello, la norma incorpora dos conceptos especialmente relevantes en materia de actuaciones no presenciales:

- Puntos de acceso seguros
- Lugares seguros

El Real Decreto-ley establece qué requisitos técnicos mínimos deben tener los puntos de acceso seguros y de lugares seguros, desde los que se podrá intervenir por medios telemáticos, para que dicha intervención se pueda realizar con todas las garantías. Además, se establecen otras medidas adicionales que pueden tener incidencia directa en su desarrollo:

- Se prohíbe grabar, tomar imágenes o registrar sonido de tales actuaciones, así como utilizar las grabaciones a las que se haya tenido acceso, para fines distintos

²² <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/GC27.shtml>

²³ Véase https://www.youtube.com/watch?v=dkmA_qgdzxE

de los judiciales, estableciéndose el sistema de protección de datos de las actuaciones recogidas en soporte audiovisual y el control sobre su difusión.

- El impulso a los medios telemáticos permitirá optimizar la agenda de los órganos judiciales, reduciendo los tiempos y evitando los desplazamientos que no sean necesarios.
- Para la realización de estas actuaciones telemáticas será precisa la válida identificación de los intervinientes, que preferentemente será electrónica y siempre en el marco del Reglamento eIDAS (Reglamento (UE) nº 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y servicio de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE)²⁴.

En relación a los Puntos de acceso seguros y lugares seguros, es necesario definir los mismos:

- Son puntos de acceso seguros los dispositivos y sistemas de información que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes:
 - Permitir la transmisión segura de las comunicaciones y la protección de la información.
 - Permitir y garantizar la identificación de los intervinientes.
 - Cumplir los requisitos de integridad, interoperabilidad, confidencialidad y disponibilidad de lo actuado.
- Son lugares seguros aquellos que cumplan los requisitos que se determinen por la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica, que en todo caso deberán reunir, al menos, los siguientes:
 - Disponer de dispositivos y sistemas que tengan la condición de punto de acceso seguro, conforme al apartado anterior.
 - Garantizar la comprobación de la identidad de los intervinientes y la autonomía de su intervención.
 - Asegurar todas las garantías del derecho de defensa, inclusive la facultad de entrevistarse reservadamente con el Abogado.
 - Disponer de medios que permitan la digitalización de documentos para su visualización por videoconferencia.

La norma establece una enumeración con *“numerus apertus”* de determinados espacios que tendrán la consideración de lugares seguros en todo caso, dejando abierta una cláusula de cierre para que en el futuro puedan incorporarse nuevos espacios no contemplados específicamente en la referida norma:

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32014R0910>

- a. La oficina judicial correspondiente al tribunal competente, o cualquier otra oficina judicial o fiscal, y las oficinas de justicia en el municipio.
- b. Los Registros Civiles, para actuaciones relacionadas con su ámbito.
- c. El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses y los Institutos de Medicina Legal, para la intervención de los Médicos Forenses, Facultativos, Técnicos y Ayudantes de Laboratorio.
- d. Las sedes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, para la intervención de sus miembros.
- e. Los Centros penitenciarios, órganos dependientes de Instituciones Penitenciarias, centros de internamiento de extranjeros y centros de internamiento de menores, para las personas internas y funcionarios públicos.
- f. Cualesquiera otros lugares que se establezcan por Reglamento de aplicación en todo el territorio del Estado, previo informe favorable del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica.

Para poder realizar su función como lugares seguros, estos espacios deberán disponer de los elementos tecnológicos y digitales que les permita el cumplimiento de sus fines. Por ello, el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes y las comunidades autónomas con competencias en materia de Justicia deberán dotar a las oficinas judiciales y fiscales de los medios técnicos adecuados para que puedan garantizarse las actuaciones y servicios no presenciales.

Junto a juicios y vistas es posible la realización de actuaciones no jurisdiccionales. En estos casos, dichas actuaciones podrán realizarse de forma presencial o mediante la utilización de videoconferencia, o por cualesquiera otros sistemas que permitan la reproducción del sonido y de la imagen. A estos efectos, cabe recordar que tanto el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes como las Comunidades Autónomas están utilizando plataformas de pago para la realización de dichas actuaciones no presenciales (Webex, Circuit, Teams, Zoom...).

Para la realización de actuaciones judiciales se podrán utilizar las salas de vistas virtuales. Estas salas virtuales son aquellas generadas en el medio digital, que dispongan de los mismos medios de grabación, seguridad e integración con el expediente judicial electrónico que las salas de vistas presenciales o físicas, pero que no necesiten de espacios físicos especiales, y permitan su uso de manera independiente al de las salas presenciales. Corresponderá a las Administraciones prestaciones poner a disposición de los órganos judiciales las mismas, con los requisitos que se establezcan.

Como podemos ver, el texto da un paso más en la modernización de la Justicia, generalizando la utilización de estos medios tecnológicos tras la pandemia, lo que va a permitir una Justicia más próxima a los ciudadanos, que evite desplazamientos innecesarios de ciudadanos y profesionales y optimice los recursos.

En el marco de la Inmediación Digital y los Servicios no presenciales se ha realizado por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes el desarrollo y puesta en marcha de las siguientes soluciones:

- Cl@ve Justicia
- Vistas Judiciales telemáticas
- Cita Previa
- Escritorio Virtual de Interacción Digital (EVID).

5. EL TELETRABAJO Y EL PUESTO DE TRABAJO DESLOCALIZADO

Como hemos expuesto a lo largo de la presente ponencia, la pandemia supuso un importante cambio de hábitos y costumbres en el funcionamiento de los juzgados y tribunales²⁵. Como consecuencia del confinamiento y de las medidas adoptadas para proteger a los ciudadanos frente a la pandemia, se generalizaron formas de trabajo que hasta ese momento no eran habituales en nuestra sociedad.

Uno de estas nuevas formas de trabajar fue la realización del trabajo a distancia, también conocida como *“teletrabajo”*.

La nueva regulación, siguiendo la senda que ha ido adquiriendo en nuestra sociedad la realización del trabajo no presencial, ha contemplado el teletrabajo y trabajo deslocalizado, permitiendo la posibilidad de que el personal al servicio de la Administración de Justicia desempeñe las competencias propias de su puesto de trabajo y sus funciones en una ubicación geográfica diferenciada al centro de destino, mediante el uso de tecnologías de la información seguras y trazables.

La regulación sobre esta materia parte de una definición de los que debe entenderse por teletrabajo. A estos efectos, se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

ESCUDERO MORATALLA y FERRER ADROHER²⁶ han destacado respecto a su concepto que *“... El término “teletrabajo” según la definición de la Real Academia Española de la Lengua es el trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicación para cumplir con las cargas laborales asignadas. La Organización Internacional del Trabajo, en su momento, reguló el teletrabajo en el Convenio núm. 177 aprobado en 1996 y en la Recomendación núm. 184 del mismo año, el trabajo a domicilio, entendiendo dicha modalidad como la que se produce cuando la persona rea-*

25 Véase la Orden JUS/504/2020, de 5 de junio, por la que se activa la Fase 3 del Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5764>)

26 ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, y FERRER ADROHER, Mercè. *“Breves consideraciones sobre el teletrabajo en la Administración de Justicia”*. 2021. <https://www.upsj.org/breves-consideraciones-teletrabajo-la-administracion-justicia/>

liza la actividad laboral en su domicilio u otro local que escoja distinto de su empresa, con el objetivo de prestar un servicio o elaborar un producto a cambio de una remuneración o salario. Por su parte el art. 2 de la Ley 10/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia lo define como aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Formado por el prefijo griego “tele” que significa distancia y la palabra “trabajo”, encontramos su origen a mediados de los años setenta del siglo pasado en Estados Unidos cuando un ingeniero de la NASA llamado Jack Nilles acuñó dicha expresión durante la crisis petrolera de dicha década. Ante la escasez de dicho combustible, se estudió la posibilidad de llevar el trabajo al trabajador y no el trabajador al trabajo con el objetivo de que, si uno de cada siete trabajadores americanos no tenía que desplazarse a su lugar de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo y podría autoabastecerse ...”.

Como principales características de esta figura, podemos destacar las siguientes:

- Tiene carácter voluntario y reversible.
- Deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente en cada caso concreto.
- Debe ser compatible con la modalidad presencial.
- Únicamente podrá autorizarse esta modalidad de prestación de servicios respecto de los puestos susceptibles de teletrabajo.
- Quedan excluidas del teletrabajo:
 - Aquellas funciones cuya prestación efectiva solo quede garantizada con la presencia física de la persona funcionaria en el centro de trabajo.
 - Los servicios y funciones habituales de los juzgados en turno de guardia que requieran la presencia física de la persona funcionaria.
- Las personas funcionarias que soliciten prestar sus servicios en la modalidad de teletrabajo deberán encontrarse en servicio activo en la Administración de Justicia y contar con una antigüedad mínima de seis meses continuados en el mismo juzgado, fiscalía, servicio o unidad.
- Corresponde a las administraciones prestacionales, proveer de los medios tecnológicos para que pueda hacerse efectivo el teletrabajo.
- Las personas que desarrollen el contenido competencial del puesto de trabajo en la modalidad de teletrabajo, tendrán los mismos deberes y derechos que las que lo desarrollen de manera presencial, salvo aquellos que pudiesen ser específicos de esta modalidad laboral.

El teletrabajo solo podrá ser realizado en aquellos casos en los que se dispusiese de los medios o elementos necesarios para poder llevarlo a cabo, por lo cual es fundamental que se disponga del expediente judicial electrónico o de los medios necesarios para

que los procedimientos judiciales puedan seguir su curso de una manera adecuada. Por el contrario, entendemos que, a falta de tales medios, podría denegarse dicha forma de trabajo.

Otro concepto que se relaciona con el teletrabajo, pero que no tiene el mismo alcance y significado, es el relativo al *“puesto de trabajo deslocalizado”*. El puesto deslocalizado permite que se desempeñe las competencias y funciones propias de su puesto de trabajo en una ubicación geográfica distinta a la del centro de destino al que pertenezca, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación, que permita realizar trabajo deslocalizado, pudiendo hacerse o no, mediante teletrabajo.

Este nuevo texto normativo no establece una regulación amplia de esta figura, por lo que su ejercicio y características deberán desarrollarse mediante norma reglamentaria, que fije la forma de su ejercicio. En todo caso, estos sistemas asegurarán la trazabilidad de los mismos y que la ciberseguridad no quede comprometida, ni en la ubicación desde la que se realice el trabajo físicamente, ni sobre los sistemas de información remotos donde tenga efectos el trabajo realizado, dejando constancia de la condición de trabajo deslocalizado, así como de los trámites que se realicen, las ubicaciones y perfiles de uso en destino.

Sobre el puesto de trabajo deslocalizado y teletrabajo puede verse la guía elaborada por Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia del Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (DGTDAJ) en enero 2022²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

BUENO BENEDÍ, Miguel. *“Problemas derivados de la falta de regulación en materia de videoconferencia penal y cómo se está afrontando el problema, una vez ha finalizado la pandemia, con el Plan Justicia 2030”*. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, ISSN 1697-5758, N° 157, 2022

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco, y FERRER ADROHER, Mercè. *“Breves consideraciones sobre el teletrabajo en la Administración de Justicia”*. 2021. <https://www.upsj.org/breves-consideraciones-teletrabajo-la-administracion-justicia/>

GARCIA-VARELA IGLESIAS, Roman. *“Camino a la intermediación digital en justicia juicios y actos procesales remotos”*. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 9873, 2021. Wolters Kluwer

GARCIA-VARELA IGLESIAS, Roman. *“La colisión de derechos en tiempos de pandemia: cuestiones jurídicas”*. Diario La Ley, N° 9918, Sección Tribuna, 22 de septiembre de 2021. Wolters Kluwer

GARCIA-VARELA IGLESIAS, Roman; XIOL RÍOS, Juan Antonio; LLANO ALONSO, Fernando Higinio; IRAZABAL, Elen; BEIRO MAGÁN, Jose Manuel; GONZÁLEZ, Manuel J.; SAVIRON, Guzman Eliseo. *“Ética e Inteligencia Artificial”*. Actualidad civil, ISSN 0213-7100, N° 11, 2022

²⁷ [https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/202112_\[Puesto_de_trabajo_deslocalizado\].pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/202112_[Puesto_de_trabajo_deslocalizado].pdf)

LORENZO PÉREZ, Cristina. *“Inteligencia artificial en la Administración de Justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España”*. Tramitación orientada al dato de procedimientos judiciales y estadística judicial. Repertorio Doctrinal del Centro de Estudios Jurídicos.

SIMÓN CASTELLANO, Pere; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos; BUENO BENEDÍ, Miguel; MELLADO RAMÍREZ, David; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana Mercedes; PEREA GONZÁLEZ, Álvaro (coord.). *“Diálogos para el futuro judicial XXXIII. Inteligencia artificial y Justicia: perspectivas y horizontes”*. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 9946, 2021

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-25758>

<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14946-aprobado-el-teletrabajo-con-condiciones-para-los-funcionarios-de-la-administracion-de-justicia/>

<https://www.mjusticia.gob.es/es/servicio-justicia/proyectos-transformacion/transformacion-digital-justicia/proyectos-tecnologicos/inmediacion-digital-servicios-no-presenciales>

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2022/140222-inmediacion-digital.aspx>

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-98-1.PDF

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-24612>

<https://sedejudicial.justicia.es/documents/20142/109376/Carta+de+derechos+de+los+ciudadanos.pdf/fb164806-c785-32fd-cd52-2864d2687622?t=1575025998590>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-17951>

<https://www.administraciondejusticia.gob.es/>

<https://sedejudicial.justicia.es/>

https://www.congreso.es/webpublica/opendata/votaciones/Leg14/Sesion211/20221027/Votacion005/VOT_20230302174259.pdf

https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=121%2F000116

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

<https://carpetaciudadana.gob.es/carpeta/clave.htm>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>

<https://www.mjusticia.gob.es/es/JusticiaEspana/ProyectosTransformacionJusticia/Documents/Transparencia%20de%20los%20medios%20empleados%20en%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20algoritmos%20de%20inteligencia%20artificial.pdf>

<https://www.cteaje.gob.es/>

<https://datos.justicia.es/>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>

<https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/GC27.shtml>

https://www.youtube.com/watch?v=dkmA_qgdzxE

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32014R0910>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5764>



LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE ABARLOE

JOSÉ MIGUEL BLAS ORBÁN

ABOGADO

Resumen: El contrato de abarloe es un contrato en virtud del cual un buque se pone al costado de otro amarrándose al mismo, del que se derivan diversas obligaciones y responsabilidades para ambas partes tanto durante las maniobras correspondientes de amarre y desamarre como durante la permanencia de dicho abarloe, cuestionándose tanto la aplicación de las normas correspondientes a la institución del abordaje en el supuesto de daños y perjuicios que se puedan causar entre ambos buques como la jurisdicción competente en caso de reclamaciones, debiéndose diferenciar a tal efecto entre las maniobras y la situación del buque ya abarloado, con el resultado de que en el primer caso (maniobras), salvo que existiera un contrato que regulara las responsabilidades de las partes, serían de aplicación las normas sobre abordaje y, en consecuencia, los Juzgados de lo Mercantil serían competentes para conocer de las reclamaciones que se originaran. No obstante, cuando las responsabilidades se regulen entre las partes en los correspondientes contratos se aplicará lo dispuesto en éstos y tanto en dichos casos como en el de daños debidos al contacto durante el propio abarloamiento serán de aplicación las reglas establecidas en el Código Civil y la jurisdicción corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia.

Abstract: To bring alongside ship contract is a contract by virtue of which a ship stands alongside another by mooring to it and from which various obligations and

responsibilities arise for both parties during the corresponding mooring and unmooring maneuvers and during the stay of said situation, questioning the application of the rules corresponding to the institution of collision in the event of damages that may be caused between both vessels as the competent jurisdiction in the event of claims, and for this purpose it is necessary to differentiate between the maneuvers and the situation of alongside ship, with the result that in the first case (maneuvers), except for the existence of a contract regulating the responsibilities of the parties, the collision rules would be applicable and, consequently, the Commercial Courts would be competent to hear the claims that arise. However, when the responsibilities are regulated between the parties in the corresponding contractual relations, the provisions of these will be applied and both in these cases and in the case of damage due to contact during the alongside itself, the rules established in the Civil Code will be applicable and the jurisdiction will correspond to the Courts of First Instance.

Palabras Clave: Abarloar, Amarrar, Obligaciones, Responsabilidades, Reclamación, Jurisdicción, Juzgado.

Key Words: Bring alongside ship, Mooring, Obligations, Responsibilities, Claim, Jurisdiction, Court.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE ABARLOE. II. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE AMARRAR. III. SOBRE EL ABORDAJE. 1. Críticas al concepto legal de abordaje. 2. La postura del TS. 3. La doctrina sobre la no aplicación de las normas de abordaje. 4. La postura doctrinal a favor del abordaje. 5. Fundamentos de la exclusión del abordaje. IV. LA RELACION CONTRACTUAL EN EL ABARLOE. V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. VI. RESPONSABILIDADES 1. La responsabilidad derivada de abordaje. 2. La limitación de responsabilidad. VII. EL ABARLOE EN LA MAR. VIII. COMPETENCIA JUDICIAL. IX. CONCLUSIONES.

I. EL CONTRATO DE ABARLOE

Dentro del mundo de la náutica la maniobra de abarloar consiste en colocarse una embarcación junto a otra para poder amarrarse a ella, siendo habitual utilizar este sistema cuando los espacios destinados al atraque en un muelle son más bien escasos para albergar todos los buques que pretenden su ocupación en un momento determinado, como sucede habitualmente con los buques pesqueros durante los períodos de parada biológica o descansos de fin de semana, siendo también habitual realizar esta maniobra en la mar para efectuar transbordos o trasvase de mercancías, pasajeros o tripulantes entre buques.

Así pues, junto al contrato de amarre de buque, además del abarloe de buques en la mar, tenemos el contrato de abarloamiento en puerto que podemos definir como aquel en cuya virtud un buque se amarra al costado de otro encontrándose éste bien atracado a puerto bien abarloado a su vez a otro buque.

II. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE AMARRE

Según lo dispuesto en el art. 128 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), publicado en el BOE de 20 de octubre de 2011, podemos definir el contrato de amarre, cuando el mismo sea obligatorio, como aquel contrato suscrito entre los Amarradores y el Armador de un buque o artefacto flotante¹ en virtud del cual los primeros se comprometen a prestar al segundo los servicios de amarre y desamarre, consistiendo el primero en recoger las amarras del buque o artefacto flotante, portarlas y fijarlas en los elementos dispuestos en los muelles o atraques para este fin en el sector de amarre fijado por la Autoridad Portuaria y en el orden y con la disposición conveniente para facilitar las operaciones de atraque, desamarre y desatraque, y el segundo, desamarre, como aquel cuyo objeto es el de largar las amarras de un buque de los elementos de fijación a los que está amarrado, sin afectar a las condiciones de amarre de los barcos contiguos, siguiéndose en ambos supuestos las instrucciones del Capitán o responsable del artefacto.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos, define los servicios de amarre², que no el contrato, como: los servicios de atraque y desatraque, incluido el desplazamiento a lo largo del muelle, que sean necesarios para que un buque opere con seguridad en el puerto o en los accesos navegables al mismo, definición que se aparta de la contemplada en la Propuesta del Reglamento de 2013 en la que se definía como amarre los servicios de atraque y desatraque necesarios para el anclado de un buque o su atado a tierra firme en el puerto o en los accesos navegables al mismo.

Así, de lo anteriormente contemplado en el TRLPEMM y en el citado Reglamento UE, poniendo ambas normas en relación, podemos distinguir tres clases de contratos, a saber: los contratos de amarre, los contratos de desamarre y las espaldas o enmendadas, entendiendo por éstas aquellos servicios que supongan desatraque y posterior atraque con necesidad de largar todos los cabos y encapillar de nuevo o aquellas en que no sea necesario cambiar todos los cabos.

1 El art. 9 TRLPEMM considera como buque civil cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional. Por su parte la LNM distingue entre buque, embarcación y artefacto naval, considerando este último como toda construcción flotante (artefacto flotante), con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo del mar, fondeada o apoyada en él (art. 58 LNM).

2 Vid. Blas Orbán. José Miguel. *El servicio técnico náutico de amarre*. Ed. Punto Didot. Madrid 2024.

En lo concerniente a la responsabilidad, teniendo en cuenta que la empresa de amarre tan solo se compromete a la prestación de los correspondientes servicios, pero no al resultado, al gozar la prestación de la naturaleza jurídica de arrendamiento de servicios, los amarradores tan solo serán responsables de los daños que se puedan derivar del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las órdenes recibidas y, en todo caso, por infracción de la *lex artis*, para lo cual habrá de estarse a los usos y costumbres existentes en el puerto.

En lo que respecta al Armador del buque y a su Capitán teniendo en cuenta que éste asume en todo momento, por imperativo legal, el gobierno y dirección náutica del buque recayendo sobre el mismo los deberes inherentes a la seguridad de la navegación³, y siendo, además, quien dirige las maniobras de amarre/desamarre, es evidente que, independientemente de la responsabilidad que pueda corresponder a la empresa de amarre, el Capitán, y por ende el Armador, es responsable tanto por culpa contractual, como en su caso extracontractual, por los daños causados como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro durante las maniobras de amarre/desamarre, ello sin perjuicio del derecho a la limitación de responsabilidad y del derecho de repetición contra los amarradores, en su caso.

Por su parte en lo que concierne al contrato de abarloe, aunque en principio, salvo determinadas precauciones que deben adoptarse desde el punto de vista práctico, el mismo no presenta diferencias sustanciales en su ejecución en relación con el contrato convencional de amarre, sí nos vamos a encontrar con evidentes diferencias tanto en el sentido de que normalmente en los servicios de abarloe no intervienen los amarradores como en cuanto a la responsabilidad que pueda derivarse por los daños que puedan producirse entre sí los buques abarloados, es decir atracados el uno contra el costado del otro, lo que en primer lugar, en aras a determinar la responsabilidad que incumbe a cada uno de ellos, implica discernir si la relación existente entre ambos es contractual o extracontractual, cuáles son las normas de aplicación y, en su caso, cual pudiera ser el Juzgado competente para conocer de las reclamaciones que puedan surgir como consecuencia de los daños y perjuicios causados.

Dichas cuestiones a determinar son esenciales ya que si consideramos que el daño producido puede encuadrarse dentro del concepto de abordaje la discusión estaría resuelta al venir regulada tal institución jurídica en la Ley de Navegación Marítima (LNM) y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el art.86 ter 2 de la Ley Orgánica del Poder judicial (LOPJ), que establece que “los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: c) aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo”, las normas de aplicación serían las que regulan dicha institución y los Juzgados competentes serían los de lo Mercantil, pero si entendemos que la relación es contractual nos encontraríamos ante una relación jurídica a la que le sería de aplicación las normas acordadas por las partes y subsidiariamente las normas de derecho común, sin que, en principio, sean de aplicación normas de Derecho Marítimo.

3 Vid. art. 171 y 182, entre otros, LNM.

Pero aun cuando consideráramos que la relación existente entre los Armadores de los buques abarloados fuera extracontractual es discutible que los daños causados durante el período en que dure la situación de abarloeo puedan considerarse como derivados o comprendidos dentro del abordaje, de tal suerte que la reclamación estaría sujeta a lo dispuesto en los arts. 1101 y 1902 del Código Civil (CC), en su caso, y, en consecuencia, los Juzgados competentes serían los de Primera Instancia, lo que nos obliga, en primer lugar, a determinar si dichos daños pueden ser fruto de abordaje o no.

III. SOBRE EL ABORDAJE

Al abordaje se refiere el Capítulo I (arts. 339 a 346) de la LNM, disponiendo el art. 339.1 que *el abordaje se regulará por lo dispuesto en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910, los demás convenios sobre esta materia de los que España sea Estado parte y por las disposiciones de este capítulo*, definiéndose el mismo en el punto 2 del citado artículo como *el choque en el que intervengan buques, embarcaciones o artefactos navales, del que resulten daños para alguno de ellos o para las personas o las cosas*, si bien se exceptiona de la aplicación de las normas reguladoras de dicha institución a *las relaciones entre las partes vinculadas por un contrato de fletamento, pasaje o trabajo*, (y por extensión a cualquier relación contractual) *que se regirán por sus normas específicas* (art. 345.2) y se amplía su ámbito de aplicación a *los daños que se causen sin contacto como consecuencia de una maniobra incorrecta en la navegación* (art. 339.3).

1. Críticas al concepto legal de abordaje

La anterior definición consideramos que no es lo suficientemente clara o precisa para llegar a una delimitación de la figura porque, entre otras circunstancias que a nuestro juicio deberían ser tenidas en cuenta, en la misma no se contempla: 1) si el acaecimiento tiene que producirse durante la navegación (aunque pudiera deducirse de la expresión “maniobra incorrecta en la navegación”) o al menos con uno de los buques en navegación, 2) si los buques, o al menos uno de ellos, deben estar tripulados, y 3) incluso se nos plantea la duda de saber si una vez atracados los buques, quedando estos abarloados el uno al otro, los daños que se produzcan por contactos entre los mismos pueden ser incluidos dentro de la normativa que regula el abordaje, máxime si los buques se encuentran sin tripulación.

2. La postura del TS

Nuestro Tribunal Supremo ha considerado que para que exista abordaje es preciso que las naves se hallen separadas, independientes una de la otra y con libertad de movimientos (STS 6/12/1929)⁴, de tal forma que excluye de la normativa reguladora del abordaje aquellos supuestos en los que los buques no se encuentren separados sino atracados o abarloados uno junto al otro, amarrados mediante estachas o por cualquier

4 Véase la sentencia en: Arroyo Martínez, Ignacio. *Jurisprudencia Marítima (1865-1987). Volumen I*. Ed. Librería Bosch. Barcelona 1989. P. 417.

otro medio, de lo que se deduce que para que pueda haber abordaje es preciso no solo que se produzca una colisión o choque violento entre dos buques, sino que, además, al menos uno de ellos se encuentre en movimiento⁵.

Ahora bien, como señala Arroyo Martínez, dicho Alto Tribunal tiene declarado expresamente que queda excluido de la regulación sobre abordajes el choque de un buque con un cuerpo fijo, supuesto que se regularía por las normas del artículo 1902 y ss CC. Consecuentemente casos tales como la colisión de un buque con boyas, balizas, plataformas de perforación o muelles quedan excluidos del abordaje⁶.

Cabe preguntarse entonces ¿cuál es la diferencia, al menos a efectos de responsabilidad, entre que un buque atracado contacte con el muelle o contacte con el buque al que se encuentre abarloado, estando éste atracado al muelle? Se nos podría decir, a efectos de diferenciación sobre la causa del daño, que ambos buques oscilan o se mueven como consecuencia de las mareas o del viento, pero tal oscilación se produce igualmente estando un solo buque atracado al muelle, es decir el daño se produce como consecuencia de las mareas y/o del viento.

No obstante, se discute doctrinalmente si en dicha situación de abarloe puede producirse o no un abordaje, o al menos se discute si los daños causados entre los buques en dicha situación de abarloe pueden ser considerados como daños producidos por abordaje.

3. La doctrina sobre la no aplicación de las normas de abordaje

Al menos un sector doctrinal⁷ ha considerado que para que frente a un choque entre buques sea de aplicación la legislación sobre abordajes, los buques deben hallarse separados, independientes uno del otro, con libertad de movimientos y nunca ligados entre sí, aunque ambos pertenezcan al mismo Armador. Es más, la Audiencia Provincial de Málaga ha llegado a considerar que el choque producido entre una gabarra y la hélice de un vapor, como consecuencia de la rotura de una de las amarras que unía a ambos, no es constitutivo de abordaje al encontrarse la gabarra en una situación de dependencia respecto del buque, atada y sujeta a éste⁸.

Rodríguez de Sanabria⁹, siguiendo la postura del TS,¹⁰ entiende que *cuando los buques*

5 Así, como entiende, entre otros, el que fuera Magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz, Rodríguez de Sanabria Mesa, *Cuando los buques se encuentren amarrados o unidos físicamente por cualquier medio, los daños que se causen mutuamente podrán dar lugar a una responsabilidad contractual (por ejemplo, si existe un contrato de transporte), o extracontractual que se regulará por la normativa general conforme a lo establecido en el art. 1902 y concordantes del Código Civil*. Vid. Rodríguez de Sanabria Mesa. Fernando F. *Régimen Jurídico del Abordaje*. Ed. Comares. Granada 2009. P. 32.

Esa misma posición doctrinal es la sustentada, entre otros autores, por González Lebrero. Rodolfo A. en su obra *Curso de Derecho de la Navegación*. Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria 1998. P. 535.

6 Arroyo. Ignacio. *Curso de Derecho Marítimo*. Ed. J.M.Bosch. Barcelona 2001. P. 700.

7 Entre otros Rodríguez de Sanabria Mesa y González Lebrero

8 Sentencia citada por Martín Osante. José Manuel. *La responsabilidad civil del Naviero por abordaje*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria 2001. P. 39.

9 Rodríguez de Sanabria Mesa. *Régimen Jurídico...* Op. cit. P. 32

10 STS 6/12/1929.

se encuentren amarrados o unidos físicamente por cualquier medio, los daños que se causen mutuamente podrán dar lugar a una responsabilidad contractual (por ejemplo, si existe un contrato de transporte), o extracontractual que se regulará por la normativa general conforme a lo establecido en el art. 1902 y concordantes del Código Civil, opinión a la que también se adhiere González Lebrero¹¹.

Otros autores, como Martín Osante, aunque parten de la base de que dichos daños no quedan comprendidos dentro del concepto de abordaje, compartiendo la opinión de que para que pueda producirse el mismo alguno de los buques debe encontrarse en movimiento, entiende que ello no debe impedir la extensión analógica de la normativa reguladora del abordaje a estos accidentes¹².

4. La postura doctrinal a favor del abordaje

Arroyo Martínez, si bien muestra sus dudas al respecto, y no expresa a nuestro juicio claramente su opinión,¹³ parece decantarse por la consideración de la existencia de abordaje cuando los daños se producen entre buques abarloados.

Más clara es la posición de otros autores, como Ruiz Soroa¹⁴, al que sigue Gabaldón Rodríguez, que entienden que ante la ausencia de una disposición legal que excluya expresamente los daños que se producen entre sí los buques abarloados del concepto de abordaje marítimo tales contactos deben ser considerados como abordaje, teoría que ha sido seguida por algunas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de abril de 1982¹⁵.

5. Fundamentos de la exclusión del abordaje

Toda la regulación existente sobre el abordaje parece descansar sobre el criterio de la navegación, de tal forma que, como ya hemos señalado anteriormente, para que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre abordaje contenidas en la LNM al menos uno de los buques debería encontrarse en movimiento e incluso tripulado o con personal a bordo. Este criterio parecía ya desprenderse del tenor del derogado art. 826 del Código de Comercio (CCo) al decir que *si un buque abordase a otro, por culpa, negligencia o impericia del Capitán, Piloto u otro cualquier individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial*.

Además, si traemos a colación la regulación contenida en el Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes (RIPA), hecho en Londres el 20 de octubre de 1972, de aplicación directa en materia de abordajes, resulta que en el mismo no se contempla norma alguna sobre el supuesto de buques en muelle, bien sea atracados o abarloados, y si bien se establecen normas sobre buques fondeados o amarrados

11 González Lebrero. *Curso...* Op. cit. P. 535.

12 Martín Osante. José Manuel. *La responsabilidad civil...* Op. cit. P. 41.

13 Arroyo. Ignacio. *Curso de Derecho Marítimo*. Ed. J.M.Bosch. Barcelona 2001. P. 700.

14 Ruiz Soroa. José M^º. *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria 1987. P.17.

15 Ver sentencia en Anuario de Derecho Marítimo Vol III. 1984. P. 957.

a cuerpos fijos en la mar, no se regulan situaciones de atraque o abarloe en puerto. A título de ejemplo: Regla 7 (riesgo de abordaje) Regla 8 (maniobras para evitar abordajes) y Regla 30 (buques fondeados y buques varados)¹⁶.

Es cierto, no obstante, que el citado Convenio Internacional se aplica a todos los buques en alta mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ellas (Regla 1) por lo que también es aplicable en aguas portuarias, pero resulta que en dicha situación de amarre o abarloe los buques estarían sometidos a normas dimanantes de las Autoridades Portuarias, normas que, asimismo, regulan los servicios de amarre y desamarre de buques sin que dicha Autoridad asuma responsabilidad alguna y sin sujeción, en caso de daños, a normas de derecho marítimo, si bien pudiera ser de aplicación la normativa administrativa correspondiente, lo que, no obstante, no impide el ejercicio de la acción civil entre los Armadores de los buques implicados¹⁷.

El referido Convenio Internacional parte de la base, a nuestro criterio, de que tan solo se pueden considerar como abordajes aquellas situaciones en que al menos uno de los buques se encuentra en navegación, por lo que en el resto de los supuestos (abarloe o amarre a un buque, a su vez éste atracado al muelle) hemos de considerar la existencia bien de una relación contractual o bien extracontractual, instituciones que tienen su regulación específica en el CC, con sus consiguientes obligaciones, encontrándonos en estos casos dentro de supuestos excluidos de la aplicación de la normativa sobre abordaje.

Esta postura que niega la noción de abordaje, o al menos la no aplicación de sus normas, a los daños producidos entre buques o embarcaciones abarloadas, postura compartida por esta parte, no solo se encuentra fundamentada en los motivos que hemos expuesto anteriormente, sino, y además, en que si nos atenemos a la definición que se contempla en el diccionario de la RAE resulta que abordar significa “llegar a otra embarcación, chocar o tocar con ella, a propósito o por accidente”, lo que sin duda implica el alcance de una embarcación a otra, para lo cual al menos una de ellas debe encontrarse en navegación o desplazándose por la mar, pero no amarrada o abarloada a otra. En este sentido Rodríguez Carrión entiende que la situación de unión física entre los buques supondría que éstos no podrían encontrarse porque lo habrían hecho con anterioridad a estar unidos, y si no hay un encuentro no se produciría el choque, y si no se produce un choque no tendría lugar el abordaje¹⁸.

¹⁶ El texto del Convenio se encuentra publicado en el BOE de fecha 9 de julio de 1977.

¹⁷ En concreto en los Pliegos de Prescripciones Particulares (PPP) sobre Amarre y Desamarre de buques se establece que la Autoridad Portuaria no será responsable, en ningún caso, de los daños producidos a las instalaciones portuarias ni a terceros como consecuencia de la prestación del servicio de amarre. A modo de ejemplo puede verse la cláusula 10 del PPP del servicio portuario básico de amarre y desamarre de buques del Puerto de Ferrol, aprobadas en su día y publicadas en el BOE de 6 de agosto de 2008.

¹⁸ Rodríguez Carrión. José Luis. *El abordaje: concepto y delimitación*. En Estudios Jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez. Tomo III. Madrid 1996. P. 4059.

IV. LA RELACION CONTRACTUAL EN EL ABARLOE

Si bien pudiera ser discutible la relación contractual existente entre los Armadores de los buques abarloados lo cierto es que es costumbre no discutida, reiterada y permanentemente en el tiempo, que, por ejemplo, los buques pesqueros durante sus descansos obligatorios (paros biológicos, descansos de fin de semana), en mayor medida los buques que faenan al día, aunque también los llamados de Gran Sol, se abarloen unos a otros, formando incluso filas de cuatro o cinco buques abarloados entre sí, costumbre que constituye norma según lo dispuesto en el art. 2.1 LNM, al precisar dicha precepto que *de forma supletoria se estará a las leyes y reglamentos complementarios y a los usos y costumbres relativos a la navegación marítima*.

Pues bien, si ello es un uso y costumbre normal perpetuado en el tiempo no cabe duda que existe un consentimiento, al menos tácito (el que consiente otorga) entre los Armadores por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1254 CC, es evidente la existencia del contrato si bien éste sea atípico o innominado, y no existiendo norma alguna escrita que regule dicha situación o relación jurídica, siendo ésta consensual, nos encontramos ante una relación sometida en la práctica a determinados principios y obligaciones basados en la *lex artis* aplicable.

En consecuencia, encontrándonos ante una relación contractual permitida, al menos de facto, por la Autoridad Portuaria, y habida cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el régimen de abordaje constituye una normativa especial, cuyo objeto es la regulación de determinadas responsabilidades extracontractuales¹⁹, es evidente que en cuanto la relación en el abarloe es contractual no le sería de aplicación la normativa reguladora del abordaje.

V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Entre las obligaciones o principios que consuetudinariamente se vienen observando en los abarloamientos podemos destacar, entre otros, los siguientes: 1) El Armador del buque que se abarloa debe poner defensas en el costado para evitar causar daños al otro buque, teniendo en cuenta que no basta con que dichas defensas sean homologadas, sino que deben ser adecuadas (proporcionales) y situadas en las posiciones convenientes, dependiendo de las circunstancias previstas y previsibles. 2) Cualquiera de los Armadores debe avisar al del otro buque al objeto de tomar las medidas adecuadas para prevenir los riesgos que puedan derivarse del abarloamiento. 3) Debe evitarse que un buque de casco de acero se abarloe a otro de casco de madera, sobre todo cuando aquel sea de mayor envergadura debiendo cambiar las posiciones de los buques si existiera riesgo de contacto, de tal forma que el de acero quede atracado al muelle y el de madera quede abarloado a aquél.

Sobre dichas obligaciones, y en particular en lo que respecta a la última numerada, es de reseñar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19

19 Pulido Beginés. Juan Luis. *Las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea*, en Derecho de la Navegación. Vol VI. Ed. Marcial Pons 2003. P. 140.

de abril de 1982²⁰ en cuanto señala que *no cabe duda sobre la previsibilidad del riesgo ocasionado por el abarloamiento a un barco de madera de otros buques de estructura metálica y lo que se reprocha es la ausencia de toda demostración de que se intentaron las medidas adecuadas para evitar el siniestro, que el sentido común hace recomendables, en lugar de abandonar a su suerte a las naves referidas, y como el adoptarlas era de la incumbencia de quien había creado el riesgo, no puede excusarse su actitud por la circunstancia de que también estuviese ausente la tripulación del otro buque.*

Asimismo podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de marzo de 2004²¹ que, si bien trata sobre daños producidos entre embarcaciones atracadas, estima la demanda al considerar que *en el supuesto enjuiciado no consta que se fijaran adecuadamente los amarres y los elementos de seguridad para que pudieran soportar los embates del temporal, aclarando que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico hallándose recogido en el art. 1902 CC, e invirtiendo la carga de la prueba al considerar que incumbe al causante material de un daño demostrar que actuó con la diligencia exigible para prevenirlo y evitarlo.*

En definitiva, ambos Armadores se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para evitar los daños que se pudieran ocasionar entre sí como consecuencia del abarloamiento, y en especial el del buque que se abarloa, teniendo en cuenta que la medida de la diligencia exigible, según reiterada jurisprudencia, consiste en la *que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. Según este criterio objetivo ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo precisos. Al respecto no es pues decisivo la individualidad del agente, sino las circunstancias que determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela* (STS 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4622)), entre otras.

VI. RESPONSABILIDADES

Al no contemplarse norma específica alguna en la LNM para el supuesto de amarre o abarloe, haya sido éste permitido o no por la Autoridad Portuaria, sería lícito pensar que el buque abarloado deba responder de los daños y perjuicios causados por negligencia, siendo en todo caso de aplicación las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual contempladas en el CC. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de abril de 1982, relativa a daños causados por embarcaciones abarloadas, anteriormente citada en el apartado de obligaciones, es sumamente clara al respecto.

Es más, en el supuesto del contrato de remolque el art. 304 LNM establece una responsabilidad específica al decir que *los armadores de cada uno de los buques serán responsables de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en*

20 Ver sentencia en Anuario de Derecho Marítimo. Vol. III. 1981. P. 957.

21 Ver sentencia en Anuario de Derecho Marítimo. Vol. XXIII. 2006. P. 828-830.

el cumplimiento de las prestaciones que le incumben y, en particular en el supuesto de remolque fortuna, el art. 305 de dicha norma dispone que *el armador del buque remolcador tendrá derecho a una remuneración ... (que) ... incluirá los daños y perjuicios sufridos por su buque con ocasión del remolque*. Es decir, los daños que se produzcan entre sí ambos buques, aunque pudieran ser causados por choque, se encuentran excluidos de la aplicación de las normas contempladas para la institución del abordaje, entre otros motivos porque nos encontraríamos ante una relación contractual²².

1. La responsabilidad derivada de abordaje

En el supuesto de que los daños causados entre buques como consecuencia de una incorrecta o defectuosa maniobra que se pudiera encuadrar dentro de la institución de abordaje, ya sea por contacto físico o sin contacto²³, la LNM dispone que el armador del buque culpable indemnizará por los daños y perjuicios sufridos por el otro y por las personas y las cosas a bordo del mismo, así como las causadas fuera de ellos (art. 340.1.), y en el supuesto de que el abordaje fuera causado por culpa compartida la responsabilidad se graduará en función del grado de culpa que corresponda a cada uno de los armadores de los buques implicados, y cuando ésta no pudiera determinarse o fuera equivalente se atribuirá a ambos por partes iguales (art 341). En estos supuestos se evaluará la totalidad de los daños y perjuicios causados y se repartirá el monto total entre ambos armadores en proporción a la culpa de cada uno de ellos.

Es de reseñar que en el supuesto de culpa compartida ambos armadores serán solidariamente responsables respecto a los daños sufridos por terceros, sean personales o materiales, gozando el armador que hubiera satisfecho la indemnización de la acción de regreso para recuperar la parte que correspondiera al otro (art. 342), recayendo la carga de la prueba, al objeto de acreditar la relación de causalidad y la culpa del abordaje, sobre quien reclama la indemnización.

En todo caso en el supuesto de culpa compartida el armador demandado podrá oponer válidamente frente a terceros las excepciones que correspondieran al otro armador. Así, por ej.: las correspondientes a la limitación de responsabilidad y/o las excepciones

22 Para algunos autores como Gabaldón García *lo que sucede en tal caso es que a la regulación de la responsabilidad por abordaje se le antepone, con carácter prevalente, la regulación contractual propia del contrato de remolque, que unía a los Armadores de ambos buques*. Gabaldón García. José Luis. *Curso de Derecho Marítimo Internacional*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2012. P.743. Esta misma línea argumental parece ser también la seguida por otros autores como Ruiz Soroa al entender que *el problema no es por tanto de concepto y subsunción tipológica, sino de sustitución del régimen legal de responsabilidad por otro pactado*. Ruiz Soroa. *Manual de Derecho de accidentes...* Op. cit. P. 17. Existe, no obstante, otra postura que entiende que aunque el concepto de abordaje queda restringido a los supuestos de choques entre buques, los daños producidos por rozamientos entre los mismos, no debe impedir la extensión analógica de la normativa reguladora del abordaje a estos accidentes. Martín Osante. *La responsabilidad civil...* Op. cit. P. 41.

23 Se asimilan al abordaje, a los efectos de aplicación de las normas relativas a dicha institución, aunque técnicamente no pueda considerarse como tal, los daños que se puedan ocasionar por un buque a otro, sin contacto físico, como consecuencia de una maniobra incorrecta en la navegación de la que resulten daños bien para un buque bien para las personas o las cosas que vayan a bordo de cualquiera de ellos (art. 339.3 LNM), siendo un ejemplo típico de dicha situación la que se produciría cuando un buque se desplaza, normalmente en aguas portuarias, a una velocidad excesiva de tal forma que se producen olas que por su magnitud pueden impactar contra otro buque causando daños a éste y/o a las personas o la carga que vaya a bordo.

válidas contempladas en los conocimientos de embarque y/o en otros documentos y normativa aplicable.

Recordemos en tal sentido que, según dispone el art. 149 LNM, *el Armador es responsable ante terceros de los actos y omisiones del Capitán y dotación del buque, así como de las obligaciones contraídas por el Capitán de acuerdo con lo establecido en el art. 185²⁴, sin perjuicio de su derecho a limitar su responsabilidad en los supuestos establecidos en el Título VII*, el cual dispone en el art. 393 que *el derecho a limitar la responsabilidad ante las reclamaciones nacidas de un mismo accidente se regirá por lo dispuesto en el Protocolo de 1996 (Protocolo LLMC 96) que enmienda el Convenio Internacional sobre la Limitación de responsabilidad por reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 (LLMC), con las reservas hechas por España en el instrumento de adhesión y en dicho título²⁵.*

2. La limitación de responsabilidad

Como se recoge en su exposición de motivos, la LNM dedica su Título VII a esta cuestión remitiéndose a la aplicación del Convenio sobre Limitación de Responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo (Convenio de Londres) y estableciendo que la limitación allí contemplada, con excepción de las plataformas fijas y artefactos navales, es invocable en cualquier procedimiento siempre que tenga por objeto cualesquiera de los créditos sujetos a limitación que se relacionan en el Capítulo II, quedando a salvo las limitaciones contempladas en otras normas.

En consecuencia, y sin perjuicio de todo lo ya expuesto, el Armador ostenta el derecho a limitar su responsabilidad en los supuestos establecidos en el art. 396 de la LNM, es decir: *a) Reclamaciones por muerte o lesiones corporales, o por pérdidas o daños sufridos en las cosas, incluidos daños a obras portuarias, vías navegables, ayudas a la navegación y demás bienes del demanio marítimo o portuario, que se hayan producido a bordo o estén directamente vinculados con la explotación del buque o con operaciones de salvamento, así como los perjuicios derivados de cualesquiera de esas causas. b) Reclamaciones relacionadas con los perjuicios derivados del retraso en el transporte de la carga, los pasajeros y sus equipajes. c) Reclamaciones relacionadas con perjuicios derivados de la lesión de derechos que no sean contractuales, irrogados directamente con ocasión de la explotación del buque o con operaciones de salvamento. d) Reclamaciones promovidas por una persona distinta de la que sea responsable, relacionadas con las medidas tomadas a fin de evitar o aminorar los perjuicios respecto de los cuales la persona responsable pueda limitar su responsabilidad y los ocasiona-*

24 Dicho art. dispone textualmente: 1. *El Capitán ostenta la representación del Armador para contraer por cuenta de éste cuantas obligaciones se refieran a las necesidades ordinarias del buque* 2. *El Armador quedará obligado al cumplimiento de tales obligaciones sin que quepa alegar abuso de confianza o trasgresión de las facultades conferidas.* 3. *Queda a salvo la responsabilidad que incumba al Capitán frente al Armador por los actos y contratos realizados contraviniendo las legítimas y expresas instrucciones impartidas por éste.* 4. *El Capitán estará activa y pasivamente legitimado para comparecer como representante del Armador en todos los procedimientos judiciales y administrativos concernientes al buque de su mando.*

25 El texto del Convenio LLMC puede verse en el BOE de fecha 27 de diciembre de 1986, y el del Protocolo de 1996 en el BOE de 28 de febrero de 2005.

dos ulteriormente por tales medidas, salvo cuando las mismas hayan sido adoptadas en virtud de un contrato concertado con la persona responsable.

Por su parte, el artículo 396.2 LNM establece que las referidas reclamaciones estarán sujetas a limitación sean cuales fueren los supuestos de responsabilidad, con independencia de que la acción ejercitada posea naturaleza contractual o extracontractual, aclarando el art. 393 LNM que dicho régimen de limitación *se aplicará con independencia de que la responsabilidad se exija en un procedimiento judicial de naturaleza civil, social o penal, o bien en vía administrativa*, con lo cual se elimina la incertidumbre de las interpretaciones que en el pasado han tendido a ignorar la institución de la limitación en los supuestos de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito, léase, ad exemplum, el caso Prestige.

En consecuencia, la entrada en vigor de la LNM prevé legalmente que las sociedades armadoras de buques o navieras pueden limitar su responsabilidad, sea cual sea la naturaleza de ésta, aun cuando sea con carácter subsidiario por un ilícito (civil, penal o administrativo) de sus dependientes. Ello siempre y cuando la reclamación sea invocada ante tribunales españoles, tal y como preceptúa el artículo 394 LNM.

No obstante, el Convenio de Londres prevé una serie de supuestos en que se excluye el derecho a la limitación de responsabilidad, concretamente en su artículo 4 establece que: *la persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio fue ocasionado por una acción o una omisión suyas y que incurrió en éstas con intención de causar ese perjuicio, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaria tal perjuicio*. Por consiguiente, el derecho del armador a limitar sólo se pierde si la acción u omisión personal se realiza con intención de causar la pérdida, o bien con temeridad y a sabiendas de que tal daño probablemente se produciría. Se trata éste de un concepto equivalente al dolo, pero no se pierde la facultad a limitar la responsabilidad en caso de mera culpa personal del armador.

La cuantía de la limitación de responsabilidad para buques inferiores a 300 GT se recogen en el art. 399 LNM, que establece: a) 1.000.000 DEG para reclamaciones relacionadas con muertes o lesiones, y b) 500.000 DEG para las demás reclamaciones limitables, debiéndonos remitir en los demás casos a los límites establecidos en el Convenio sobre Limitación de Responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo que a partir del 8 de junio de 2015 son los siguientes:

PARA DAÑOS PERSONALES	
Buques de hasta 2.000 GT	3,02 millones DEG
Buques de más de 2.000 GT	3,02 millones DEG más
Buques de entre 2.001 y 30.000	1.208 DEG por cada GT de más
Buques de entre 30.001 y 70.000	906 DEG por cada GT de más
Buques de 70.001 en adelante	604 DEG por cada GT de más

PARA DAÑOS MATERIALES	
Buques de hasta 2.000 GT	1,51 millones DEG
Buques de más de 2.000 GT	1,51 millones DEG más
Buques de entre 2.001 y 30.000	604 DEG por cada GT de más
Buques de entre 30.001 y 70.000	453 DEG por cada GT de más
Buques de 70.001 en adelante	302 DEG por cada GT de más

Sin embargo, cuando se trata de reclamaciones por daños a las mercancías o a los pasajeros derivadas de incumplimiento de los correspondientes contratos de transporte, el art. 397 LNM establece que el armador, porteador o fletador, podrá optar entre la aplicación de las limitaciones específicas contenidas en la normativa que se aplique a dicho régimen o las que con carácter global se establecen en el Convenio citado (arts. 395 y 397 LNM).

También se establece en el art. 397 LNM que carecen de limitación las reclamaciones de la Administración Marítima o Autoridad Portuaria que se prevean en las normas reguladoras de la remoción de buques.

En todo caso, como dispone el art. 403 LNM: *para la válida alegación del derecho a limitar ante los órganos jurisdiccionales españoles, el titular deberá constituir el correspondiente fondo de limitación, integrado por las sumas establecidas junto con los intereses legales devengados desde la fecha del accidente que originó la responsabilidad.*

No obstante lo anterior, el art. 397 LNM nos dice que *no serán limitables las reclamaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio Internacional sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo*, es decir: *a) reclamaciones relacionadas con operaciones de auxilio o salvamento o con la contribución a la avería gruesa; b) reclamaciones relacionadas con daños resultantes de la contaminación ocasionada por hidrocarburos, en el sentido que se da a tales daños en el convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, y en toda enmienda o protocolo correspondiente al mismo que esté en vigor; c) reclamaciones sujetas a lo dispuesto en cualquier convenio internacional o legislación nacional que rijan o prohíban la limitación de la responsabilidad por daños nucleares; d) reclamaciones contra el propietario de un buque nuclear relacionadas con daños nucleares; e) reclamaciones promovidas por los empleados del propietario o del salvador cuyo cometido guarde relación con el buque o con las operaciones de auxilio o salvamento, y las reclamaciones promovidas por los herederos de aquellos o por personas a su cargo u otras que tengan derecho a promoverlas si, en virtud de la ley que regule el contrato de servicio concertado entre el propietario del buque o el salvador y dichos empleados, el propietario o el salvador no tienen derecho a limitar su responsabilidad respecto de dichas reclamaciones o si la mencionada ley solo les permite limitar su responsabilidad a una cuantía que sea superior a la estipulada en el artículo 6.*

Una vez constituido el correspondiente fondo, éste será distribuido entre los acreedores que traigan causa del mismo accidente en proporción a la cuantía de sus reclamaciones reconocidas. No obstante, si la cuantía destinada a daños personales no alcanzara para satisfacer éstas, los acreedores concurrirán en el remanente con los acreedores por daños materiales para cobrar del fondo destinado a éstos en igualdad de rango (art. 400 LNM)²⁶.

VII. EL ABARLOE EN LA MAR

Cuestión distinta al abarloe en puerto lo constituye la maniobra de abarloe en la mar la cual, como hemos dicho, es habitual para efectuar transbordos o trasvases entre buques ya sea con referencia a mercancías o a personal. Por citar algunos ejemplos podemos referirnos a los llamados aligeramientos que se producen entre grandes petroleros o superpetroleros (VLCC), normalmente fondeados, que actúan como si fueran almacenes flotantes, y otros de menores dimensiones, para la distribución y reparto del producto (práctica habitual en aguas de Gibraltar), aunque también es habitual efectuar dichos abarloamientos en navegación, o para los relevos de tripulaciones, que generalmente se efectúan en fondeadero, fuera del área portuaria estricto sensu.

En estos supuestos de lo que no cabe duda es de la existencia de un previo contrato entre los Armadores de ambos buques por lo que si con la institución del abordaje lo que se está regulando es una relación extracontractual (postura mayoritariamente seguida por la doctrina) sería forzoso pensar que las normas que regulan dicha institución fueran de aplicación a los daños que se puedan producir entre sí dichas embarcaciones, máxime si tenemos en cuenta que a figuras típicas como el remolque, el remolque fortuna o el salvamento no le son de aplicación las normas reguladoras del abordaje cuando, derivados del servicio que se presta, se producen daños por contacto entre ambos buques

Por consiguiente, si partimos de la indudable existencia de una relación contractual previa entendemos que habrá de estarse a lo que se haya pactado entre partes en materia de responsabilidad y de no existir ésta no nos parece que puedan ser de aplicación las normas relativas al abordaje salvo que al menos uno de los buques se encuentre en navegación y tripulado, en cuyo caso el supuesto encajaría dentro de la regulación contenida en el RIPA, como también encajarían exclusivamente las maniobras de atraque y desatraque de los buques abarloados en puerto en tanto que uno al menos de ellos (el que ejecuta la maniobra) podríamos considerar que se encuentra en navegación.

VIII. COMPETENCIA JUDICIAL

A la hora de determinar cuál pueda ser el Juzgado competente para entender de la reclamación por los daños y perjuicios que se hayan producido entre buques abarloados lo determinante no es el objeto material sobre el que se producen dichos daños sino la institución en el marco de la cual nace y se desenvuelve la relación jurídica que vincula a las partes ya que, como ha puesto de manifiesto la Audiencia Provincial de

26 El procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos se encuentra regulado en el Capítulo IV del Título VII de la LNM (arts. 487 a 500).

Pontevedra en Auto de fecha 7 de mayo de 2009, entre otras resoluciones, *no basta con que la cuestión enjuiciada esté relacionada con alguna institución característica o propia del Derecho Marítimo sino que para determinar la atribución competencial a favor de los Juzgados de lo Mercantil es necesario que la solución del problema requiera la aplicación de una figura o institución imbricada en el Derecho Marítimo*²⁷.

Así resultaría que en el supuesto de daños producidos entre buques que se encuentren abarloados en puerto, al no ser, a nuestro juicio, de aplicación normas de Derecho Marítimo, el Juzgado competente sería el de Primera Instancia del lugar en que se haya producido el siniestro. Sin embargo, en aquellos supuestos en que el siniestro ocurriera durante las maniobras de abarloe o desabarloe, ya fuera en puerto o en la mar, consideramos que el Juzgado competente sería el de lo Mercantil. Ahora bien, en este último supuesto, cuando nos encontremos ante buques de distinta nacionalidad, tendríamos que estar a lo dispuesto en el Convenio Internacional (C.I.) sobre competencia civil en materia de abordajes de 1952, publicado en el BOE de 3 de enero de 1954, el cual establece el lugar ante el que pueda plantearse la acción en función de que el siniestro ocurra en aguas interiores o fuera de éstas.

IX. CONCLUSIONES

En conclusión, desde el momento en que el abarloe es un contrato atípico no regulado en la LNM ni en ninguna otra disposición de Derecho Marítimo hemos de considerar que las partes están sujetas a las obligaciones derivadas de lo pactado y, en todo caso, si los daños se producen encontrándose los buques abarloados, ya sea en puerto ya sea en la mar, habrá que estar a los preceptos contenidos en los arts. 1101 y 1902 CC, teniendo en cuenta que las obligaciones vienen impuestas por los usos y costumbres y, en particular por la *lex artis* que debe presidir las actuaciones de los Armadores implicados, siendo competentes para su enjuiciamiento los Juzgados de Primera Instancia.

No obstante cuando los daños se producen como consecuencia de una maniobra de abarloe o desabarloe, sin la existencia de un contrato previo que regule las responsabilidades, entendemos que serán de aplicación las normas reguladoras del abordaje pudiendo entablarse la acción, a elección del demandante, ante el Tribunal de residencia habitual del demandado, el del lugar en donde se haya embargado el buque causante del siniestro u otro propiedad del mismo Armador o donde se hubiera prestado caución o garantía para levantar el embargo, o bien el del lugar del abordaje cuando éste hubiera ocurrido en aguas interiores, puertos o radas (art. 1 del C.I.), siendo competente el Juzgado de lo Mercantil en el supuesto de que la acción se plantee en España.

En todo caso cuando los buques ya se encuentran abarloados y se produzcan daños por contacto entre ellos sería excesivamente forzado aplicar las normas de abordaje para dirimir las responsabilidades correspondientes.

²⁷ Aunque nada tenga que ver con el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una reclamación por incumplimiento de un contrato referente a una embarcación, es interesante el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de mayo de 2009. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Redondela como el Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra se declararon incompetentes para conocer del asunto, resolviendo dicho Auto que el Juzgado de Primera Instancia sería el competente. Anuario de Derecho Marítimo. Vol. XXVIII 2011. P. 627-630.



LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA DE LAS PERSONAS CON DEMENCIA

SILVIA SERRETTA

ABOGADA

Resumen: El presente trabajo aborda la capacidad testamentaria de las personas con demencia, entendida como una cuestión compleja del Derecho sucesorio que implica la interacción entre normas jurídicas y factores médicos. Se analiza el impacto de enfermedades neurodegenerativas – como el Alzheimer y otras demencias – sobre la autonomía de la voluntad y la validez de los actos *mortis causa* otorgados en tales circunstancias. Desde una doble perspectiva, jurídica y práctica, se estudia la evolución legislativa en la materia – con especial referencia a la Ley 8/2021– y la respuesta de los tribunales ante estos supuestos. Asimismo, se examinan los retos probatorios y procedimentales que plantea la impugnación de los testamentos otorgados por personas con discapacidad, poniendo de relieve el papel esencial del notario en la apreciación de la capacidad del testador.

Abstract: This study examines the testamentary capacity of individuals with dementia, considered a complex issue in succession law that involves the interplay between legal norms and medical factors. It analyses the impact of neurodegenerative diseases – such as Alzheimer’s disease and other forms of dementia—on the autonomy of the will and the validity of *mortis causa* dispositions executed under such conditions. From both a legal and practical perspective, it reviews legislative developments in this field, with particular reference to

(*) El Premio Pardo Gato de Investigación Jurídica, en esta su primera edición, es un premio en colaboración con la Universidad de A Coruña y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña para distinguir al mejor trabajo de fin de Máster universitario en Abogacía y Procura de la UDC. El jurado está compuesto por: Excmo/a. Sr. Decano/a del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña. Excmo/a. Sr. Decano/a del Colegio de Procuradores de A Coruña. Excmo/a. Sr. Decano/a de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. Excmo/a. Sr. Presidente/a de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Excmo/a. Sr. Director/a de la Escuela de Práctica Jurídica “Decano Iglesias Corral”.

Law 8/2021, as well as the courts' approach to these cases. Moreover, it considers the evidentiary and procedural challenges arising from the contestation of wills executed by persons with disabilities, emphasizing the essential role of the notary in assessing the testator's capacity.

Palabras clave: Herencia, Discapacidad, Testamento, Capacidad testamentaria, Demencia, Ley 8/2021, Sucesión, Enfermedad de Alzheimer, Nulidad del testamento, Derecho de Sucesiones, Notario.

Keywords: Heritage, Disability, Will, Testamentary Capacity, Dementia, Law 8/2021, Inheritance, Alzheimer's Disease, Invalidity of The Will, Succession Law, Notary.

SUMARIO:

ABREVIATURAS. I. INTRODUCCIÓN. II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR: UN ENFOQUE EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. Concepto tradicional de la capacidad para testar: desde el derecho romano hasta el código civil de 1889. 2. La Ley 8/2021: principales reformas y novedades. 3. La capacidad para testar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021. A. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 663 Y 665 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. La tendencia anticipadora de la jurisprudencia "pre-reforma". 5. La discapacidad al momento de testar: ausencia de definiciones normativas.. III. LA INFLUENCIA DE LAS DISFUNCIONES COGNITIVAS EN LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA. 1. Alzheimer, demencia senil y otras afecciones cerebrales: similitudes y diferencias. 2. La variabilidad de los trastornos cognitivos degenerativos y su influencia en la capacidad decisoria. 3. La actitud de la jurisprudencia frente al testador afectado por demencia. IV. LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONAS CON DEMENCIA: ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS . 1. Consecuencias y remedios frente al testamento otorgado por quién no tenía capacidad y remedios: la nulidad. 2. La carga de la prueba en el procedimiento de nulidad del testamento. A. LOS PRINCIPALES MEDIOS DE PRUEBA. B. LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD TESTAMENTARIA COMO *PROBATIO DIABOLICA*. 3. El papel del notario en la acreditación de la capacidad del testador: una breve reflexión crítica. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO LEGISLATIVO. ANEXO DE JURISPRUDENCIA.

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

ART Artículo

CC Código Civil

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TS Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El testamento es una de las manifestaciones más personales y trascendentales de la autonomía de la voluntad, pues permite a una persona decidir el destino de su patrimonio tras su fallecimiento. Sin embargo, esta capacidad para disponer de bienes *mortis causa* no puede entenderse de forma aislada de las condiciones personales del testador, entre las cuales su capacidad jurídica y cognitiva desempeñan un papel esencial.

En este contexto, la problemática de la capacidad testamentaria adquiere una especial relevancia cuando nos enfrentamos a situaciones de discapacidad debidas a enfermedades degenerativas, como el Alzheimer y otros tipos de demencias. Estas afecciones comprometen las principales esferas cognitivas del individuo, tales como la memoria, el juicio crítico y, en última instancia, la capacidad de tomar decisiones de modo libre y consciente, razón por la cual plantean importantes interrogantes sobre la validez de los actos jurídicos realizados por quienes las padecen.

La presente investigación tiene como eje el análisis de la capacidad testamentaria de las personas con demencia, desde una doble perspectiva: jurídica y práctica. A lo largo del trabajo se examinarán tanto los fundamentos normativos y jurisprudenciales que rigen esta materia como las implicaciones médicas de las disfunciones cognitivas en la capacidad para testar, junto con los retos asociados a la impugnación de estos testamentos.

El primer capítulo realiza un recorrido histórico y normativo sobre la capacidad para testar, con particular atención a las personas afectadas por trastornos cognitivos. Se pone especial énfasis en las transformaciones introducidas por la Ley 8/2021, de reforma en materia de discapacidad, y en su impacto en el régimen de la capacidad testamentaria. Asimismo, se analizarán las lagunas y los retos que aún persisten en el marco normativo, especialmente, en relación con las personas con discapacidad cognitiva.

El segundo capítulo aborda la influencia de las disfunciones cognitivas - como el Alzheimer o la demencia senil - en la capacidad de los testadores. A través del estudio de estas patologías, de los déficits cognitivos que generan sus distintos estadios y de su extrema variabilidad, se reflexionará sobre la actitud de los tribunales frente a estas situaciones y la necesidad de garantizar la protección tanto de los derechos del testador como de la seguridad jurídica de los actos otorgados.

Finalmente, el tercer capítulo se centra en los aspectos prácticos de la impugnación de testamentos otorgados por personas con demencia. Se analizan algunas facetas del relativo procedimiento de nulidad, tal y como la complejidad probatoria inherente a estas reclamaciones y el papel crucial que desempeña el notario en la valoración y acreditación de la capacidad del testador.

De este modo, el presente trabajo busca ofrecer una visión exhaustiva de la problemática estudiada, combinando el análisis médico de las patologías neurodegenerativas interesadas y su influencia en la capacidad del individuo con el análisis normativo y jurídico de la misma, destacando los numerosos desafíos prácticos que surgen en este

ámbito del derecho sucesorio. En última instancia, el objetivo es contribuir a la reflexión sobre cómo las normas jurídicas y las interpretaciones jurisprudenciales pueden equilibrar la protección de los derechos de las personas con discapacidad con las exigencias de seguridad jurídica y equidad en el tráfico jurídico.

II. LA CAPACIDAD PARA TESTAR: UN ENFOQUE EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Concepto tradicional de la capacidad para testar: desde el derecho romano hasta el Código Civil de 1889

En el derecho romano, afirmaba GAYO que para saber si un testamento era válido, primero debíamos de saber si el testador tenía la facultad necesaria para testar¹, esto es, si ostentaba la llamada “*testamenti factio*”². Más allá del estatus social, y por lo que aquí interesa, este concepto implicaba la capacidad del sujeto de otorgar “*un acto o declaración consciente de voluntad*”³, a través de una manifestación de voluntad que pudiera ser tomada en consideración por la ley. A tal fin, entre otros, no se consideraban capaces para testar válidamente los *impubes*⁴ *sui iuris* (infantes y jóvenes hasta una cierta edad que estaban todavía sujetos a la tutela y potestad familiar⁵), los locos salvo en momentos de lucidez, y los sordos y los mudos bajo ciertas condiciones, debiendo de ser valorada su capacidad de testar caso por caso por parte del Emperador⁶.

La *testamenti factio* activa, además, no solo tenía que existir al momento del otorgamiento, sino que tenía que persistir hasta la muerte del testador, so pena de la ineficacia sobrevinida del testamento. Por otro lado, la adquisición posterior de la capacidad para testar no convalidaba un testamento otorgado en su ausencia⁷.

Siguiendo las huellas de su ancestro, el derecho civil español siempre ha considerado la capacidad para testar como uno de los requisitos esenciales e inderogables para poder otorgar un testamento válido y apto para producir sus efectos *post mortem*.

En el Proyecto de Código Civil español de 1851⁸, conocido también como “Proyecto García Goyena”, se identificaban como “*incapaces de administrar sus bienes*” los locos y los dementes, los sordomudos incapaces de leer y escribir, los pródigos y los que estaban sujetos a interdicción civil (art.279). Con particular referencia a la capacidad testamentaria, preveía el artículo 600 que “[p]ueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años las hembras mayores de doce, que, al hacerlo, gocen de su cabal juicio” y que “[l]os locos o dementes, que tengan lucidos intervalos, pueden

1 Así lo recuerda RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común - Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 212.

2 Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de...*, cit., p.213, *apud* IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Ariel, 1992, p.599.

3 *Ibid.*, p.213.

4 En cambio, el “puer menor” sí podía otorgar testamento, sin necesidad de consentimiento de su curador. Cfr. *ibid.*

5 Cfr. ARÉVALO CABALLERO, W.: “Excepciones a la incapacidad de obrar del ‘impuer’ y del ‘minor sui iuris’ y su recepción en derecho español”, *Revista internacional de derecho romano*, abril - 2011, pp.40 y ss.

6 RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de...*, cit., p.214.

7 Cfr. *ibid.*

8 Vid. ATAZ LÓPEZ, J.: *Código Civil: Proyecto de 1851*, Universidad de Murcia, s. f. Recuperado de: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>.

disponer durante ellos". Se establecía además que bajo ciertas condiciones los mudos que pudieran escribir podían otorgar testamento cerrado (arts. 570 y 603), mientras que los ciegos que no supiesen o pudiesen leer no podían otorgar testamento cerrado⁹ (art. 602). En todo caso, el momento a tener en cuenta para considerar dicha capacidad era solamente el del otorgamiento.

Por su parte, el anteproyecto del Código Civil español de 1882-1888¹⁰ introdujo una disposición más "abierta", previendo en su artículo 736 que pueden disponer por testamento "*los que no estén expresamente incapacitados por ley*", esto es, según dispone el siguiente artículo, los menores de 16 años y los que "*habitual o accidentalmente*" se encuentren "*en estado de enajenación mental, mientras dure el impedimento*". El momento a considerar para evaluar la capacidad del testador sigue siendo el del otorgamiento (art.740), y al artículo 739 se prevé también la posibilidad para el demente de hacer testamento, siempre que se encuentre en un intervalo lúcido y que se respeten ciertas condiciones formales¹¹.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en el citado Anteproyecto, el Código Civil de 1889 estableció una regla general positiva a favor del reconocimiento de la capacidad de testar, recogiendo en su artículo 662 que "[p]ueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente". Como se desprende de su lectura, el mencionado artículo no introduce una definición de capacidad testamentaria, sino que establece una presunción general de capacidad¹². En virtud de esta, pueden otorgar testamento todas las personas a las que la ley no se lo prohíba de modo expreso, siendo estas últimas – según lo que disponía el artículo 663 original, al igual que el artículo 737 del Anteproyecto –, las personas menores de edad y quienes, de forma habitual o accidental, no se encontraran en su cabal juicio.

Por su parte, el artículo 665 reprodujo lo que disponía el artículo 736 del Anteproyecto respecto de los dementes, estableciendo que estos podían testar bajo ciertas condiciones y siempre que se encontraran en un intervalo de lucidez¹³.

Por último, y al igual que todos sus predecesores, el artículo 666 estableció que para valorar la concurrencia de la capacidad testamentaria "*se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*"¹⁴.

9 Sin embargo, nada se decía en el referido Proyecto de 1851 sobre la posibilidad para esos sujetos de otorgar testamento abierto.

10 Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegio Notariales de España, 2ª edición, 2006.

11 Art.739 Anteproyecto del Código Civil español 1882-1888: "*Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe en el testamento de su declaración, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.*"

12 Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de...*, cit., p.216.

13 Disponía el artículo 665 CC en su formulación originaria que "[s]iempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos."

14 Establece el artículo 664 CC que "[e]l testamento hecho antes de la enajenación mental es válido".

A día de hoy, la presunción de capacidad testamentaria sigue constituyendo un pilar medular del derecho de sucesión español. A pesar de las reformas que han interesado nuestro Código Civil, la disposición del artículo 662 ha perdurado invariada, fundando una presunción *iuris tantum* que solamente puede ser destruida mediante una prueba en contra contundente e inequívoca, sobre cuyas peculiaridades, sin embargo, nos detendremos más adelante¹⁵.

2. La Ley 8/2021: principales reformas y novedades

Si por un lado la presunción de capacidad *ex* artículo 662 CC ha permanecido inalterada, el resto de la normativa civilista que regula la relación entre la capacidad del individuo y la libertad de otorgar testamento ha sido sujeta a algunas relevantes modificaciones. La última y la más importante es seguramente la operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁶.

Antes de entrar en detalle sobre los cambios que esta reforma aportó a las normas del Código Civil que aquí interesan, es importante destacar brevemente cuál fue el espíritu y los motivos que empujaron su promulgación. Tal y como se desprende de su Exposición de Motivos¹⁷, dicha reforma ha constituido un total cambio de rumbo en la forma de concebir y tratar las personas con discapacidad, introduciendo unas modificaciones que, lejos de ser de mera formalidad y nomenclatura, han cambiado por completo la actitud del ordenamiento jurídico español frente a dichas personas, sus derechos y la libertad de actuación que ha de serle garantizada, inclusive en el ámbito testamentario.

En particular, la Ley 8/2021 ha sido promulgada en cumplimiento del artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con el objetivo de alinear el marco normativo español con los estándares internacionales en materia de capacidad¹⁸. En este ámbito, opera una reforma integral de la legislación civil y procesal española, promoviendo un modelo totalmente nuevo, basado en el reconocimiento y respeto de la capacidad jurídica plena de todas las personas, independientemente de su posible discapacidad. Este modelo reemplaza las figuras tradicionales que tendían a sustituir la voluntad del sujeto con discapacidad en la toma de decisiones¹⁹, cuales la tutela o la incapacitación judicial. Por el contrario, se opta ahora por un enfoque de apoyo individualizado, mirado a establecer medidas de asistencia proporcionales, personalizadas y revisables, en el máximo respeto de la voluntad de la persona interesada y de su derecho a tomar autónomamente decisiones sobre su vida y su patrimonio²⁰.

¹⁵ *Vid.* Capítulo 3, III.

¹⁶ A partir de ahora, "Ley 8/2021".

¹⁷ Cfr. Preámbulo I de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁸ Cfr. COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024, pp.15-16.

¹⁹ Cfr. Exposición de Motivos I de la Ley 8/2021.

²⁰ Cfr. Exposición de Motivos III y IV de la Ley 8/2021.

En realidad, el nuevo marco legal refleja y formaliza lo que ya venía destacando la jurisprudencia de nuestros tribunales, que gradualmente se había enderezado hacia un sistema siempre más respetuoso de la dignidad y de la voluntad de las personas afectadas por discapacidad²¹. En este sentido, apenas antes de la promulgación de la Ley 8/2021, el Alto Tribunal en su sentencia de 6 de mayo de 2021²² se había pronunciado sobre el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad a la luz del Convenio de Nueva York de 2006, preocupándose de remarcar los principios derivados de su suscripción y que tenían que inspirar el nuevo panorama normativo. Estos principios son: presunción de capacidad de las personas, (que, como hemos mencionado, forma parte del sistema civil español desde sus albores), el principio de interés superior de la persona con discapacidad, la no alteración de la titularidad de sus derechos fundamentales y, finalmente, el principio de flexibilidad, por el que “[e]l sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable”.

De modo coherente, el principal objetivo de la Ley 8/2021 ha sido garantizar el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica del individuo con discapacidad, entendida como la plena titularidad de sus derechos y la legitimación para ejercerlos sin limitaciones basadas en conceptos de incapacidad. En este sentido, las medidas de apoyo varían dependiendo de las necesidades y circunstancias de cada sujeto, buscando siempre garantizar el respeto de su voluntad y de sus preferencias²³.

Este nuevo enfoque se ha revertido en casi todas las áreas del derecho español, introduciéndose modificaciones tanto en la legislación sustantiva (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, etc.) como en la procesal. Entre estas²⁴, por ejemplo, en la Ley Hipotecaria se elimina el Libro de incapacitados, para adaptar su terminología y contenido a la nueva normativa; del mismo modo, se reforman los artículos 4, 5 y 234 del Código de Comercio, eliminando toda referencia a los incapaces.

Por lo que concierne la normativa procesal, en la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria se sustituyen todas las expresiones provenientes del anterior cuadro normativo con las propias del nuevo marco (ej. *“persona con capacidad modificada judicialmente”* por *“persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”*) y se introduce el nuevo expediente de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad.

21 Así, por ejemplo, con relación a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, una consolidada línea jurisprudencial venía señalando la exigencia de que estas sean “como un *traje a medida*” para cada sujeto que las necesite, debiéndose de adaptar a su situación concreta y a sus exigencias y preferencias (entre otras, vid. SSTs 282/2009, de 29 de abril; 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo, 557/2015, de 20 de octubre; 373/2016, de 3 de junio; 458/2018, de 18 de junio; 269/2021, de 6 de mayo). Cfr. COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y...*, cit., p.40, nota 47.

22 (ECLI:ES:TS:2021:1894).

23 Cfr. COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y...*, cit., p.44.

24 Cfr ICAB: “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, (s. f.). Recuperado de <https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/Ley-8-2021-de-2-de-junio-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también ha sido de la normativa procesal más afectada por la reforma: entre otras cosas, se ha introducido el artículo 7 bis, enteramente dedicado a los “ajustes para personas con discapacidad” en los procesos, y en los artículos 756 y siguientes se ha regulado el procedimiento relativo a la adopción judicial de medidas de apoyos a las personas con discapacidad.

3. La capacidad para testar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021.

En el ámbito sucesorio, y en particular con relación a la capacidad testamentaria de las personas afectadas por discapacidad, la Ley 8/2021 también ha aportado cambios significativos, reflejándose los más relevantes²⁵ en el Código Civil y en la Ley del Notariado. En esta última, se insertan una serie de previsiones para tutelar las personas con discapacidad en el otorgamiento del testamento, estableciendo que, en el caso de que estas no se encuentren suportadas por apoyo suficiente en dicho momento, el Notario deberá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, para que este solicite la designación de un defensor judicial²⁶.

Entre las modificaciones aportadas en el Código Civil, cabe destacar las relativas a la modalidad de otorgamiento del acta de última voluntad, tanto en el caso del testamento abierto como cerrado. Por lo que se refiere a la primera modalidad, se amplía la posibilidad para las personas con discapacidad de recoger su disposición testamentaria de forma válida, detallándose los medios a través de los cuales pueden expresar su voluntad, y asegurando que estos se utilicen también para la lectura del acta por parte del Notario, toda vez que sea necesario para garantizar la plena comprensión de su contenido por parte del otorgante²⁷. También se amplía el área de autonomía de los sujetos con discapacidad, previéndose que la presencia de los testigos para otorgar testamento abierto ya no será necesaria en caso de ceguera²⁸. Con relación al testamento cerrado, se introduce la posibilidad de otorgarlo para las personas con dificultades visuales²⁹, siempre mediante la ayuda de los medios de soporte adecuados, y se

25 Cfr. Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM): “Cuadro comparativo de la Ley 8/2021 sobre discapacidad”, 2021. Recuperado de <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/cuadro-COMPARATIVO-Ley-Discapacidad.pdf>.

26 Así se prevé en los artículos 57 y 62 de la referida Ley, con relación respectivamente a los testamentos cerrados y a los testamentos ológrafos.

27 Dispone en particular el artículo 695 CC que: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

28 Así lo dispone el artículo 697 CC en su nueva redacción, habiéndose suprimido el antiguo apartado 2º y previendo ahora que: “Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2.º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.”

29 Dispone el artículo 708 CC que: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código.”

intensifican significativamente las formalidades requeridas para que su otorgamiento sea válido³⁰.

Ahora bien, centrando más aún el tema que aquí interesa y volviendo a las disposiciones del Código Civil que regulan la capacidad para testar (citadas al principio del presente capítulo), estas han sido adaptadas por la Reforma del 2018 a las exigencias del nuevo cuadro normativo. Como hemos mencionado, la presunción de capacidad *ex* artículo 662 ha permanecido inalterada, y así también lo dispuesto en los artículos 666 (relativo al momento a tener en cuenta para apreciar la capacidad del testador) y 664 del mismo texto legal (relativo al testamento otorgado antes de la enajenación mental). Sin embargo, a través de la modificación de los artículos 663 y 665, el legislador de 2021 ha llevado a cabo una importante reforma sustancial de la disciplina codificada en materia de capacidad testamentaria de las personas con discapacidad.

A. LOS NUEVOS ARTÍCULOS 663 Y 665 CC

Con relación al actual artículo 663 CC, dispone este en su apartado segundo que no podrá testar *“la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios de apoyos para ello”*.

La nueva redacción del precepto trae consigo dos novedades relevantes. En primer lugar, la nueva formulación especifica el momento que ha de tenerse en cuenta para valorar la capacidad del sujeto, esto es, únicamente el momento de testar.

En segundo lugar – y no por importancia –, el nuevo artículo elimina cualquier referencia al *“cabal juicio”*, concepto propio del antiguo marco normativo, que casa mal con el nuevo panorama jurídico³¹. En su lugar, pone el foco de atención sobre la capacidad del sujeto para expresar su voluntad de modo idóneo. Esto es, no se hace alusión a una capacidad genérica de obrar del sujeto, ni a las limitaciones corporales o cognitivas que este pueda tener. Lo único que ahora es relevante es la posibilidad de que el sujeto, en el momento del testar, consiga manifestar sus últimos deseos, ya sea valiéndose del apoyo de otras personas o del ayuda de los medios técnicos y materiales a tal fin necesarios³².

Resulta evidente, por tanto, a la luz del nuevo artículo 663 CC, la ampliación de la esfera de autonomía de los sujetos con discapacidad, cuya prohibición de testar válidamente queda notablemente reducida, limitándose solamente a aquellos casos más extremos que impliquen, *de facto*, la imposibilidad para estas personas de exteriorizar su voluntad de modo consciente³³.

30 Arts. 706 y ss. CC.

31 Cfr. MONCADA FERNÁNDEZ, I.: *Incidencia de la ley 8/2021, de 2 de junio, sobre el régimen jurídico del testamento y las incapacidades relativas*, Trabajo de fin de Máster, Universidade da Coruña, pp.9-10, 2024. Recuperado de: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/36296/MoncadaFernandez_%20Irene_2024_Incidencia_Ley_8_2021_Regimen_juridico_testamento.pdf?sequence=2&isAllowed=y / Cfr. QUINTANA RODRÍGUEZ, M.: *Capacidad jurídica para testar, trabajo de fin de Grado, Universidad de Valladolid*, 2022, p.54. Recuperado de: https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/59596/TFG-D_01517.pdf?sequence=1

32 Así lo evidencia entre otros ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de sucesiones”, AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), Tirant lo Blanch, 2022, p.463-464.

33 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de...”, cit., pp.462-463.

El nuevo artículo 665 CC se mueve en la misma línea. El legislador de 2021 adecua la redacción a la nueva terminología normativa, refiriéndose a *“la persona con discapacidad”* y no ya al *“incapacitado”*. Además, siguiendo dicha línea extensiva, dispone el actual artículo 665 CC que *“podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones”*³⁴. Como se desprende de su lectura, el nuevo texto legal suprime toda mención de los testigos, cuya presencia era antes indispensable para que la persona discapacitada pudiese disponer testamento³⁵. Por el contrario, se otorga ahora un papel central a la figura del Notario, disponiendo además que el mismo *“procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”*. En este sentido, es evidente la coherencia con lo dispuesto en el referido artículo 663, al prever una dinámica testamentaria en la que el sujeto con discapacidad pueda expresar su voluntad de modo autónomo, teniendo derecho a recibir toda la ayuda y el soporte necesario para ello por parte del Notario, el cual podrá operar los debidos ajustes y emplear los instrumentos que resulten convenientes³⁶.

De modo totalmente novedoso, puntualiza además el legislador que el fin último de dicho procedimiento no es solo que el individuo pueda externalizar sus deseos – a cuyo fin, además, se faculta el Notario para operar los ajustes necesarios; sino que el mismo pueda primeramente procesar y formar sus propias decisiones de modo plenamente consciente y racional. Lo anterior, además, según señala la doctrina, se aplica *“a todos los testamentos, tanto los ordinarios como los especiales”*³⁷.

4. La tendencia anticipadora de la jurisprudencia “pre-Reforma”

Junto con las diferentes modificaciones legislativas, también la jurisprudencia ha tenido un papel importante en la evolución del concepto de capacidad testamentaria y del testamento otorgado por personas con discapacidad.

34 Disponía el antiguo artículo 665 CC los siguiente: *“Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.”*

35 Apunta de todos modos la doctrina que la posibilidad de exigir la presencia de los testigos sigue siendo una facultad reconocida al Notario, toda vez que tenga dudas sobre la capacidad del testador. Así entre otros en V. Barba: *“Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad”*, cit., p. 8; A. Domínguez Luelmo: *“La reforma del Derecho de Sucesiones en la Ley 8/2021: Derecho sustantivo y derecho transitorio”*, cit., p. 381; C. Guilarte Martín-Calero: *“Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018 (146/2018)”*, en IZQUIERDO TOLSADA, M. (coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación civil y mercantil*, vol. 10 (2018), Dykinson, Madrid, 2019, p. 629, apud ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *“Reformas en derecho de...”*, cit., p. 466.

36 A tal propósito, como bien recuerda ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *“Reformas en derecho de...”*, cit., p. 468, dispone más detalladamente el artículo 25 de la Ley del Notariado en su apartado 4º que *“[p]ara garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso.”*

37 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *“Reformas en derecho de...”*, cit., p. 465.

En realidad, ya antes de la Ley 8/2021, la jurisprudencia nacional³⁸ se había pronunciado de modo afín a los preceptos de la Convención de Nueva York. En este sentido, espere-mos que se nos perdonará por romper un poco el orden cronológico, destacando ahora una tendencia jurisprudencial³⁹ que es anterior respecto de la Reforma de 2021 apenas examinada, pero que bien se alineó y anticipó lo que finalmente se recogió en esta última.

Como hemos evidenciado⁴⁰, la presunción de capacidad para testar *ex* artículo 662 CC rige en nuestro ordenamiento desde la versión original del Código Civil de 1889. Y preci-samente en obsequio a esta última, y en combinación con los nuevos principios procla-mados por la Convención de 2006, la mayoría de los tribunales nacionales (esto es, tanto el TS como las Audiencias Provinciales) han tomado una actitud coherente y garantista de lo establecido por dicha Convención⁴¹.

Así lo ha destacado, entre otras, la famosa sentencia del Pleno de 15 de marzo de 2018⁴², la cual, relacionando la normativa sucesoria del Código Civil pre-Reforma con el espíritu de la Convención, afirma que *“el principio de presunción de capacidad, que ya resulta-ba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC) ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006”*. Esta última, recuerda el Pleno, *“proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad así como promover el respeto de su dignidad inherente”*. De esta forma, según destaca el Supremo, *“se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción”*.

En este contexto, y de modo coherente, la jurisprudencia proporcionaba una interpreta-ción de “cabal juicio”⁴³ – concepto que, como ya evidenciado, predominó en la normati-va civilista hasta la reforma de 2021⁴⁴ – por la cual con este había de entenderse aquella situación de *“normalidad de la consciencia”* en la que todo individuo se encuentra, y que le consiente *“comprender la importancia y consecuencias de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias de-terminaciones”*⁴⁵.

38 La jurisprudencia *post* Ley 8/2021 se examinará más adelante (*vid.* Capítulo 2 y Capítulo 3), con relación a ciertos aspectos específicos de los testamentos otorgados por personas con demencia y/o alzhéimer.

39 Para una visión más profundizada y crítica de la posición de la jurisprudencia antes de la Reforma de 2021, cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”, ESTELLÉS PERALTA, P. M. (dir.): *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*, Tirant Lo Blanch, 2022, pp.429 y ss.

40 *Vid.* Capítulo 1, III.

41 Con particular relación a la jurisprudencia del TS, así lo destaca AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la discapacidad...”, cit., pp.432-433. *Vid.* también COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y...*, cit., pp.90 y ss.

42 STS n.º 146/2018 de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:936).

43 Contenido en el art.665 CC en su versión anterior a la Reforma de la Ley 8/2021.

44 *Vid.* Capítulo 1, I. y III.I.

45 Así lo recuerda entre otras la SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

Ni la edad senil, ni las enfermedades psíquicas o la demencia, por tanto, obstaban a la posibilidad de otorgar testamento de modo válido⁴⁶, toda vez que el sujeto se encontraba en un momento de lucidez mental que le permitiera comprender la relevancia de sus acciones y tomar una decisión libre y consciente⁴⁷. Más bien, rigiendo la presunción de capacidad, para poder destruir esta última y así invalidar el testamento, tenía que probarse la ausencia de dicha lucidez de modo contundente e inequívoco, debiendo de ser la afección mental tan grave como para *“hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos”*⁴⁸.

Los testamentos otorgados por los incapaces, por tanto, han que considerarse válidos, incluso cuando estos padecieran de una enfermedad psíquicas⁴⁹, hasta que no se probara su total e indudable inaptitud en este sentido⁵⁰, siendo un *“principio de derecho”* que *“la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte”*⁵¹.

5. La discapacidad al momento de testar: ausencia de definiciones normativas

Examinadas las novedosas aportaciones de la Ley 8/2021 en materia sucesoria y las interpretaciones jurisprudenciales que han eficazmente acompañado su aplicación, cabe hacer una breve reflexión.

En el Código Civil no figura una definición expresa de capacidad testamentaria, ni menos de lo que puede considerarse como *“incapacidad”* a la hora de testar. Pues, por un lado, la capacidad testamentaria se presume legalmente a partir de lo dispuesto en los artículos 662 y 663.2º CC. Y por otro, en el artículo 665 se regula el testamento otorgado por la *“persona con discapacidad”*, pero sin facilitar una definición de esta última.

Esto se debe a que la Ley 8/2021, que ha sustituido el término *“incapacitado”* antes contenido en el artículo 665 CC con *“persona con discapacidad”*, no ha especificado los requisitos y las condiciones que el sujeto ha de cumplir para ser considerado como tal. O, más bien, a nuestro modo de ver, lo ha hecho, pero en términos un tanto imprecisos.

Tratemos de explicarnos mejor. La referida ley de 2021, en su artículo segundo (apartado sesenta y siete) modifica la disposición adicional cuarta del Código Civil, en cuyo nuevo primer apartado se prevé ahora que las referencias a *“discapacidad”* contenidas en los artículos 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041 CC han de entenderse como hechas a los conceptos definidos en la Ley 41/2003⁵² y en la Ley 39/2006⁵³.

46 Así se destaca, entre otras, en la STS 520/2005, de 27 de junio, tal y como apunta COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y...*, cit., p.90.

47 Cfr. *ibid.*

48 Así lo estableció el Tribunal Supremo, y ya en sus sentencias más datadas (entre otras, en la STS de 25 de abril de 1959), tal y como recuerda la SAP de Madrid N.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

49 Vid. SAP de Madrid N.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

50 Con relación a la prueba de la incapacidad del testador, *vid.* Capítulo 3, II.

51 STS n.º 131/1928 de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:1928:688).

52 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

53 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de

Por lo que respecta a la materia sucesoria, los artículos del Código Civil mencionados (arts. 756.7º, 782, 808, 822 y 1041) son aquellos que regulan el derecho a suceder de las personas con discapacidad. Y los conceptos normativos a los que remite la nueva disposición adicional son, con relación a la Ley 41/2003, los contenidos en su artículo 2.2.; y, por lo que respecta a la Ley 39/2006, lo dispuesto en el artículo 26⁵⁴.

La primera de dichas normas establece que por “*personas con discapacidad*” han de entenderse aquellas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una física o sensorial igual o superior al 65%⁵⁵.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 39/2006 regula los diferentes grados en los que ha de clasificarse la situación de dependencia, distinguiendo entre un grado moderado, severo o de “gran dependencia” en base a la frecuencia y al tipo de ayuda que necesita la persona⁵⁶.

En cambio, en el segundo apartado de la nueva disposición adicional cuarta del Código Civil, la ley 8/2021 estableció que, para los demás preceptos del Código que hagan referencia a la discapacidad y que nada más especifiquen al respecto (entre ellos, por tanto, el artículo 665), habrá que remitirse a aquella discapacidad “*que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”. Más allá de esto, ninguna otra especificación se realiza.

Entonces, ¿qué ha de entenderse con “*aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”?

Una parte de la doctrina⁵⁷ ha sugerido que, quizás, el legislador de 2021 haya querido aludir al artículo 294 CC⁵⁸, que hace referencia a las medidas de apoyo a las personas

dependencia.

54 Así también lo apunta, entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de...”, cit., p.499.

55 Art.2.2 Ley 41/2003: “[...] 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.”

56 Establece el artículo art.26 (“Grados de dependencia.”) de la Ley 39/2006 lo siguiente: “1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

2. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.”

57 Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de...”, cit., p.500.

58 Art. 249 CC: “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la

mayores de edad y menores emancipados “*para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica*”.

Pero esta norma no especifica cuándo haya de considerarse que esas personas necesitan dichos apoyos, ni mucho menos ofrece una definición de “persona con discapacidad”. Solamente define los objetivos y las formas en las que habrán de desarrollarse dichas medidas, sin establecer cuáles son los criterios a tener en cuenta para que estas se consideren precisas.

Llegados a este punto, por tanto, como sugiere dicha misma doctrina, la solución más razonable parece ser atender a la definición ofrecida por la Convención de Nueva York de 2006⁵⁹. Esta última, como ya destacado, inspiró la Ley 8/2021, y en el segundo apartado de su artículo primero establece que “[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Esta definición, en nuestra opinión, sigue siendo demasiado genérica y, por lo tanto, insatisfactoria. No obstante, la propia Convención de 2006 no ofrece una definición más detallada. Y por su parte, la Ley 8/2021 establece expresamente que las demás leyes citadas como referencia por la nueva disposición adicional cuarta del Código Civil (esto es, la Ley 41/2003 y la Ley 39/2006) solo deben utilizarse para interpretar y aclarar ciertos artículos de dicho Código⁶⁰, entre los cuales, como hemos señalado, no figura el artículo 665 CC.

A la luz de lo anterior, se puede concluir que existe cierta diferencia – cuando menos cualitativa – entre la reglamentación civilista de los derechos sucesorios de las personas con discapacidad, es decir, de su posición “pasiva” a la hora de *recibir* por herencia o legado, y la regulación de sus derechos y facultades al momento de *disponer*, es decir, de otorgar testamento.

Con relación a las disposiciones en materia sucesoria *post* Ley 8/2021, por tanto, cabe destacar que, a nuestro modo de ver, si bien es encomiable el adecuamiento de la normativa a un modelo fundado en el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y de su autonomía, la falta de referencias más detalladas al estado cognitivo de

voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.”

59 Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de...”, cit., *ibid*.

60 Esto es, según dispone expresamente en la disposición adicional cuarta como modificada por la Ley 8/2021, “los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041” del Código Civil.

estas personas y a su grado de discapacidad a la hora de testar puede, paradójicamente, comportar una peligrosa disminución de las garantías y de los controles previstos para su salvaguarda.

Además, tal y como destacaremos mejor más adelante⁶¹, se ha otorgado un papel decisivo a un sujeto (el Notario) cuyas percepciones sobre el estado mental del testador, aun gozando de fe pública, siguen siendo las propias de un operador *jurídico*.

III. LA INFLUENCIA DE LAS DISFUNCIONES COGNITIVAS EN LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Como ya se ha mencionado, entre los factores fisiológicos⁶² que han de tenerse en cuenta a la hora de valorar la capacidad testamentaria de un individuo, han de incluirse tanto las limitaciones físicas como las cognitivas. En el presente trabajo, nos interesa centrarnos en la segunda de estas categorías, esto es, en aquellas discapacidades que afectan al área intelectual del sujeto. Y esto porque, como se puede fácilmente deducir, son las más relevantes a la hora de considerar la capacidad de testar de una persona. Pues, tal y como apunta AMELIA SÁNCHEZ, desde el punto de vista del derecho privado lo que exige más atención es *"la discapacidad intelectual, por cuanto afecta a la capacidad de autogobierno de la persona, que debido a la alteración o alteraciones intelectuales que padece, impide la formación de una voluntad plenamente consciente y libre"*⁶³.

Ahora bien, las discapacidades psíquicas que pueden afectar a la salud mental de una persona son muchísimas, y de diferente naturaleza; sin embargo, aquí tomaremos en cuenta solamente el deterioro cognitivo causado por patologías⁶⁴ degenerativas, cuales la demencia senil o el alzhéimer⁶⁵.

Se trata de enfermedades neurodegenerativas tanto comunes cuanto complejas, que se caracterizan por tener un grado de intensidad altamente variable y una velocidad de desarrollo difícilmente predecible. Por esta razón, su tratamiento y gestión comporta numerosas problemáticas, no solo desde el punto de vista médico, sino también desde el punto de vista jurídico, a la hora de determinar sus consecuencias y su grado de afección con relación a la voluntad del individuo. Reiteradamente, en el ámbito de las controversias sobre la capacidad testamentaria, la jurisprudencia ha tenido que lidiar con estas enfermedades y familiarizarse con conceptos que, aunque no tengan una naturaleza puramente jurídica, han ido adquiriendo siempre más protagonismo en la resolución de las dichas cuestiones.

Pero procedamos con orden.

61 Vid. Capítulo 3, III.

62 Vid. *supra* Capítulo 1, III.I.

63 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, p.392.

64 Aunque somos conscientes de que en ámbito médico existe una distinción entre los términos "patología", "enfermedad", "afección", "trastorno", nos reservamos utilizarlos aquí de modo indistinto, salvo especificaciones puntales y expresas.

65 A lo largo presente trabajo, esta palabra se utilizará indistintamente con y sin tilde ("*alzheimer*" o "*alzhéimer*").

1. Alzheimer, demencia senil y otras afecciones cerebrales: similitudes y diferencias

En primer lugar, cabe destacar que a pesar de que frecuentemente se utilizan de modo indistinto la demencia senil y el Alzheimer son dos patologías diferentes, aunque relacionadas⁶⁶. Como hemos adelantado, la naturaleza de estas patologías es extremadamente compleja, y así también la relación entre ellas, siendo vivido y actual el debate en la doctrina médica a este respecto⁶⁷. De todos modos, teniendo en cuenta los objetivos de este trabajo, es suficiente proporcionar una definición clara y una descripción básica de las mismas, siguiendo las líneas mayoritarias rigentes en el ámbito médico al que pertenecen.

Según la opinión científica, la demencia “*no es una enfermedad como tal, sino que un conjunto de síntomas que afectan al cerebro*”⁶⁸. Puede ser definida como aquel “*tras-torno crónico que afecta fundamentalmente a las funciones cognitivas*” del individuo, debido a “*lesiones orgánicas del cerebro*”⁶⁹, pudiendo tener su origen en diferentes causas.

Cuando la demencia aparece en sujetos mayores de 65 años, se define clínicamente como “*senil*”⁷⁰.

Entre las consecuencias más destacables de esta condición, y por lo que aquí releva, además de las dificultades comunicativas se encuentran⁷¹:

- pérdida de memoria a corto o a largo plazo
- dificultad para razonar, pensar y concentrarse
- dificultad en la toma de decisiones
- paranoia
- limitaciones en la capacidad de resolver problemas

Apunta la doctrina científica⁷² que en este sentido la demencia provoca una pérdida de las funciones mentales y una “*limitación*” que se considera “*suficiente como para*

66 ALZHEIMER'S ASSOCIATION: “Comprendiendo el Alzheimer y la demencia”, TS-0069-S, 2022, p.1. Recuperado de <https://www.alz.org/media/Documents/alzheimers-dementia-understanding-alzheimers-dementia-ts-spanish.pdf>.

67 Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014, p.4 y ss.

68 INTEGRAMEDICA: “¿Cuál es la diferencia entre Alzheimer y demencia senil?”, 2024. Recuperado de: <https://www.integramedica.cl/blog/cuida-tu-salud/enfermedades-y-tratamientos/cual-es-la-diferencia-entre-alzheimer-y-demencia-senil>. Entre otros, en el mismo sentido INSTITUCIÓ IBARS: “Alzheimer vs. demencia: comprendiendo las diferencias”, Institutió IBARS, (s.f.). Recuperado de: <https://www.institucioibars.com/alzheimer-vs-demencia-comprendiendo-las-diferencias/>

69 MARTÍNEZ DEL PRADO, C.G.: *Estudio sobre la influencia del aprendizaje cooperativo en el desarrollo competencial de los estudiantes*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014, p.1. https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/285003/MdPCG_TESIS.pdf?sequence=1.

70 CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., p.1.

71 Cfr. ARÉVALO CABALLERO, W.: “Excepciones a....”, cit., pp.14 y ss.; CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., *ibid.*; MEDLINEPLUS: “Demencia”, *National Library of Medicine (Unites States Government)*, (s.f.), <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>.

72 Vid. entre otros ARÉVALO CABALLERO, W.: “Excepciones a....”, cit., p.5 y 16; MEDLINEPLUS: “Demencia...”, cit.

interferir en la capacidad de llevar a cabo las actividades de la vida diaria"⁷³.

Como mencionábamos, la demencia puede tener diferentes causas. Entre estas, una de las más frecuentes es el Alzheimer, siendo la "*demencia senil tipo Alzheimer*" la forma de demencia más diagnosticada⁷⁴. En otras palabras, la demencia es como un término "paraguas" para indicar cambios en la memoria o razón de un individuo, siendo el Alzheimer al mismo tiempo un tipo y una causa de esta⁷⁵.

En específico, además de los efectos de la demencia (genérica) ya indicados, el Alzheimer "*implica un deterioro progresivo que afecta a la memoria, a otras capacidades cognitivas y al comportamiento*"⁷⁶, que "*incrementa el riesgo de accidentalidad y vulnerabilidad de la persona enferma*"⁷⁷ y que "*acaba en una pérdida de las funciones mentales*"⁷⁸.

Entre sus síntomas más típicos se destacan⁷⁹:

- desorientación temporal y espacial
- pérdida de atención
- alteración del lenguaje
- pérdida de memoria
- problemas de conducta y de personalidad

Además, uno de los aspectos que caracteriza al Alzheimer, es su andamiaje progresivo: mientras la demencia - entendida en modo genérico - puede avanzar de forma más o menos rápida, el Alzheimer tiene tendencialmente una evolución gradual y constante⁸⁰, que deriva por lo habitual en una pérdida de memoria progresiva.

En definitiva, como hemos destacado, aunque frecuentemente patologías y afecciones cerebrales como demencia senil o alzhéimer se intercambien, no son lo mismo, aunque sí pueden estar conexas.

Y esto ocurre también con otros conceptos, que a menudo se utilizan como sinónimos de dichas condiciones, pero que no lo son. Por ejemplo, así sucede con el "deterioro cognitivo", en particular con el "deterioro cognitivo leve", el cual sin embargo consti-

73 COMUNIDAD DE MADRID: "Demencia", *Comunidad de Madrid*, (s.f.). <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/demencia>.

74 Así entre otros cfr. ALZHEIMER'S ASSOCIATION: "Comprendiendo...", cit., p.1.; CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., pp.1-2; MEDLINEPLUS: "Demencia...", cit.; MINISTERIO DE SANIDAD: "Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023", Gobierno de España, 2019, p.15.

75 Cfr. ALZHEIMER'S ASSOCIATION: "Comprendiendo...", cit., p.1.

76 MINISTERIO DE SANIDAD: "Plan Integral de...", cit., p.17.

77 *Ibid.*, p.58.

78 CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., p.80.

79 Cfr. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y Otras Demencias: Una Guía para la Familia y Los Cuidadores*, Organización de consumidores y usuarios, 1ª ed., ECOE Ediciones, 2022, pp.24-25.

80 Vid. VITALASTUR: "Diferencia entre demencia y Alzheimer", *Vitalastur*, 2021, <https://www.vitalastur.com/diferencia-entre-demencia-y-alzheimer/>; LESCER: "¿Qué diferencia hay entre demencia y Alzheimer?", *Lescer*, 2024. Recuperado de <https://www.lescer.es/actualidad/diferencias-entre-alzheimer-y-demencia/>

tuye una afectación del cerebro que puede ser causada por diversos factores (ej. depresión) y que, aunque *puede* derivar en una demencia, no implica necesariamente su concurrencia⁸¹. Dependiendo de cada caso, sin embargo, su sintomatología a nivel cognitivo puede ser más o menos similar a la de la demencia senil o del Alzheimer, lo que suele justificar su frecuente - aunque poco precisa - asimilación.

Pues, en la mayoría de las cuestiones jurídicas las enfermedades neurodegenerativas se tratan todas de forma unitaria e indiscriminada, considerándolas en su connotación más general de afecciones a las capacidades cognitivas del individuo.

Después de todo, como ya hemos mencionado, no existe en la regulación civilista codificada una definición de capacidad testamentaria, ni de qué ha de entenderse por persona con discapacidad con relación a la facultad de testar⁸².

Sin embargo, tal y como trataremos de evidenciar en seguida, las diferencias que existen entre esas enfermedades y sus diferentes estadios son todo menos que baladíes.

2. La variabilidad de los trastornos cognitivos degenerativos y su influencia en la capacidad decisoria

Hemos empezado este trabajo reflexionando sobre la capacidad que el ordenamiento jurídico español requiere a las personas para poder otorgar testamento. Y hemos concluido a dicho propósito que lo que se exige es fundamentalmente que el sujeto sea capaz de comprender y entender lo que está disponiendo y de expresar esta voluntad en el momento de testar, aun sea mediante instrumentos de apoyo.

Como mencionado, las afecciones mentales antes examinadas provocan un empeoramiento gradual de las capacidades cognitivas del sujeto, cuya velocidad e intensidad puede variar dependiendo de cada caso y de la patología específica interesada, pero comportando, de todas maneras, un trastorno cognitivo gradual e irreversible⁸³.

Con respecto a eso, comentábamos a principio del presente capítulo que bien se entiende la incidencia que las mismas pueden tener sobre la voluntad y la capacidad del sujeto a la hora de testar. Pues, esta última acción implica, de modo previo e indispensable, un proceso decisonal, que para ser válido ha de ser libre y consciente⁸⁴.

A este propósito, la “toma de decisión” se puede definir como “*el proceso mediante el cual se realiza una elección luego de haber reflexionado sobre las consecuencias*”

81 Cfr. COMUNIDAD DE MADRID: “Demencia...”, cit., y ALZHEIMER CATALUNYA FUNDACIÓ: “Alzhéimer, demencias y deterioro cognitivo leve. Similitudes y diferencias”, *Alzheimer Catalunya Fundació*, 2021. Recuperado de <https://alzheimercatalunya.org/es/pindola-de-coneixement-alzheimer-demencies-i-deteriorament-cognitiu-lleu-similituds-i-diferencies/>.

82 Vid. Capítulo 1, IV.

83 Cfr. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., p.41.

84 Para que el testamento sea válido se requiere que el testador tenga la capacidad necesaria para otorgarlo, en el sentido de que sea consciente de lo que está disponiendo, y que además no esté dolosamente influenciado ni coaccionado en esta decisión por terceras personas (art.1265 CC), so pena de la nulidad de estas disposiciones. Sobre la necesidad de otorgar testamento según una “voluntad libre y consciente”, véanse entre muchas otras la SAP Murcia n.º 475/2015 de 10 de septiembre (ECLI:ES:APMU:2015:1884), SAP Madrid n.º 184/2019 de 12 de abril (ECLI:ES:APM:2019:9381), SAP Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168).

*de las diferentes opciones, evaluando las recompensas y los castigos contingentes de cada una de ellas*⁸⁵. Es decir, se requiere que el sujeto conozca ciertos hechos, sea capaz de interpretarlos, juntos con los valores que implican, y a partir de allí pueda, de modo paulatino y consciente, reflexionar sobre sus consecuencias⁸⁶.

Lo anterior constituye un procedimiento cognitivo complejo, que involucra diferentes dominios cognitivos⁸⁷, tales como la memoria, la capacidad ejecutiva, la habilidad emocional y social, la comprensión y el lenguaje. Y todas estas esferas, según destaca la doctrina científica, se ven altamente afectadas y comprometidas por las enfermedades neurodegenerativas (como el Alzheimer y las otras formas demencias), las cuales limitan, en definitiva, la capacidad decisional del sujeto⁸⁸. A este propósito, explica DANICZA MARTÍNEZ que *“en los pacientes con enfermedades neurodegenerativas se puede afectar la toma de decisiones, porque el deterioro de los procesos mentales básicos y superiores influye sobre ella”*⁸⁹; pues, la demencia *“conlleva la pérdida de memoria, dificultad para razonar y, por consiguiente, dificultades para tomar y ejecutar decisiones”*⁹⁰.

Ahora bien, al tratarse de enfermedades degenerativas, cuyo grado de progresión e intensidad es exponencial, su afectación a las capacidades cognitivas depende del estadio en el que las mismas se encuentren. A pesar de que dentro de cada estadio el nivel de intensidad es altamente variable y depende de cada caso, la teoría científica ha elaborado diferentes escalas para medir y encasillar el desarrollo de estas patologías cognitivas. Entre ellas, una de las más acreditadas es la llamada “Escala de deterioro global de Reisberg (GDS)”, según la cual se pueden distinguir 7 fases del deterioro cognitivo, cada una con una sintomatología cognitiva y una afección a la capacidad decisoria diferente.

- 85 CLARK, L.: “The contributions of lesions laterality and lesion volume to decision-making impairment following frontal lobe damage”, *Neuropsychologia*, 41, 2003, pp.1474–1483, *apud* AA.VV.: “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, MALM MORGAN, M. R. (dir.), “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), 2014, p.13.
- 86 Cfr. BECHARA, A.: “Neural Basis of Decision-Making and Implications for Older Adults. The Center for Decision Neuroscience Institute for the Neurological Study of Emotion, Decision-Making, and Creativity University of Southern California”, *The National Academic Press*, 2006, *apud* MALM MORGAN, M. R. (dir.), “El proceso...”, cit., p.13.
- 87 Cfr. MARTÍNEZ, D., ARBOLEDA RAMÍREZ, A., GAVIRIA GÓMEZ, A. M., & MONTOYA ARENAS, D. A.: “Revisión de la literatura científica sobre la toma de decisiones bajo riesgo o ambigüedad en pacientes con enfermedades neurodegenerativas”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, Fundación Universitaria Católica del Norte, núm. 69, 2023, pp. 244-275.
- 88 Así, afirma entre otros M. R. MALM MORGAN que el Alzheimer *“implica no sólo se manifiestan las dificultades de memoria, sino que también aparecen fallas en las FE como pérdida de iniciativa, incapacidad de plantear metas, y/o dificultad para evaluar alternativas frente a una situación a resolver, situación que complica aún más el proceso de TD. La TD compleja implica recursos atencionales, procesos ejecutivos y memoria. Consecuentemente, los pacientes con EA manifiestan dificultades en dichas tareas (Delazer et al., 2007). Por lo tanto, resulta razonable suponer que, en la evolución natural de la EA, y teniendo en cuenta el consecuente deterioro gradual de las FE, el proceso de TD estaría afectado de forma directa.”* MALM MORGAN, M. R. (dir.), “El proceso...”, cit., pp.14-15. En este mismo sentido, véase también ÁLVARO, L. C.: “Competencia: conceptos generales y aplicación en la demencia”, *Neurología*, 27(5), El Sevier, 2012, pp.297-298; HERMANAS HOSPITALARIAS AITA MENNI: *¿Una persona con deterioro cerebral puede tomar decisiones sobre su salud y su patrimonio?*, 2018, recuperado de <https://www.aita-menni.org/es/una-persona-con-deterioro-cerebral-puede-tomar-decisiones-sobre-su-salud-y-su-patrimonio/>.
- 89 MARTÍNEZ, D., ARBOLEDA RAMÍREZ, A., GAVIRIA GÓMEZ, A. M., & MONTOYA ARENAS, D. A.: “Revisión...”, cit., pp. 244-275.
- 90 CUNHA, I. L. de O. M.: “Tecnologías Asistivas Para Pacientes Ancianos Con Demencia: Perspectivas Desde La Bioética de Los Cuidados En Salud”, *Salud Colectiva*, vol. 19, 2023, p.2.

Somos conscientes de que analizar un poco más a fondo estas patologías y sus estadios podría resultar a primera vista algo demasiado técnico y quizás extraño a nuestro ámbito de estudio. Sin embargo, consideramos que sea indispensable para entender las dificultades jurídicas que se plantean en el marco de la capacidad testamentaria, y así trataremos de destacarlo. Como ya hemos mencionado, aun siendo lo médico y lo jurídico dos campos distintos, su interacción e intersección en materia testamentaria es palmaria, además de necesaria.

Las fases del deterioro cognitivo, según la referida Escala de Reisberg, se pueden resumir brevemente de la siguiente forma⁹¹:

- 1) GDS1: normal. El sujeto no presenta alteraciones cognitivas.
- 2) GDS2 deterioro cognitivo muy leve. En esta fase, solo el propio individuo empieza a notar un déficit, generalmente asociado a pérdidas de memoria, pero ni siquiera es todavía apreciable por un profesional.
- 3) GDS3: defecto cognitivo leve. Se detectan ya de modo objetivo unas ligeras alteraciones cognitivas, sin que sin embargo exista aun una afectación significativa a las actividades normales.
- 4) GDS4: defecto cognitivo moderato. Corresponde a una demencia leve, en la que el sujeto empieza a ser dependiente. A pesar de tratarse de una etapa inicial de la demencia, quienes la padecen “[t]ienen problemas con el manejo de dinero”, “sobre todo pierden el sentido de lo que es mucho o poco y qué es un precio apropiado” y “[p]ierden la capacidad de planificar y de tomar decisiones”⁹². Además, sus condiciones emotivas son precarias, por lo que el sujeto se encuentra inestable y particularmente vulnerable⁹³.
- 5) GDS5: defecto cognitivo moderato-grave. Corresponde a una demencia moderada, en la que el paciente necesita siempre más asistencia.
- 6) GDS6: defecto cognitivo grave. Corresponde a una demencia moderada grave, en el que el individuo se vuelve dependiente incluso para muchas de sus actividades diarias.

En estas fases “moderadas” de la demencia (GDS 5-6) el sujeto podría conservar todavía algo de independencia en las actividades más básicas (vestirse, comer, ...), pero los problemas de memoria son ya “muy graves” y los sujetos afectados “por lo general son ya dependientes para todas aquellas tareas que supongan salir de su rutina diaria”⁹⁴.

- 7) GDS7: defecto cognitivo muy grave. Corresponde a una demencia grave, a una fase “severa” de la misma, en la que la persona afectada es ya completamente depen-

91 Para más detalle, vid. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., pp.42 y ss.

92 *Ibid.* p.43

93 “Tienen también síntomas conductuales o emocionales. La depresión es muy frecuente. En muchos casos surge como reacción de defensa de un paciente que se siente raro, indefenso y temeroso de lo que le está sucediendo” [...] “También es frecuente que estén irritables, desconfiados, que se enfaden con los familiares más cercanos.” *ibid.* p.44.

94 *Ibid.* p.44-45.

diente. Su capacidad de comprensión y de comunicación se encuentra del todo disminuida, limitándose tendencialmente a meros gestos. Asimismo, acaba por no reconocer a sus familiares cercanos, a cogerle manía y en definitiva a ser ya indiferente a las personas⁹⁵.

Ahora bien, aunque existen modelos, como el anterior, que se emplean para intentar categorizar las afecciones de las demencias y otras enfermedades neurodegenerativas en relación con las capacidades volitivas del sujeto, su variabilidad en cada caso, como hemos insistentemente destacado desde el principio de este capítulo, es suma.

Y esto porque las disfunciones cognitivas no se manifiestan de igual modo en los diferentes tipos de demencias, pudiendo ser en algunas más acentuadas que en otras⁹⁶, ni tampoco se presentan de modo uniforme en todos los sujetos.

Es más. La doctrina científica coincide en afirmar que la alteración cognitiva del sujeto, su autonomía y capacidad decisional (inclusive, por tanto, la de otorgar un testamento según nuestras consideraciones) se presenta ya en las fases iniciales de la demencia.

Pues, no es nada extraño que en algunos tipos de demencia las alteraciones del lenguaje sean precoces; ni infrecuente que ya desde muy pronto y de manera intensa se manifiesten alteraciones importantes de conducta, como delirios y alucinaciones⁹⁷.

Por la misma lógica, y en el sentido contrario, hay veces en las que las personas que se encuentran en fases avanzadas de la demencia aún mantienen bien su lenguaje⁹⁸. U otras en las que *“son incapaces de hablar y, sin embargo, mantienen todavía bien otras áreas cognitivas, como la memoria”*⁹⁹.

Por lo que se refiere en específico a la capacidad decisional del sujeto, además, los estudios de investigación han revelado que, en las personas que padecen de Alzheimer, la capacidad para tomar decisiones se ve alterada *“incluso en los estadios leve y moderado”*¹⁰⁰ de la enfermedad. Se ha evidenciado que, en los primeros estadios, las personas podrían tomar decisiones simples, por medio de una guía que les ayude en este proceso. Sin embargo, desde que presentan un grado de deterioro leve *“la capacidad para tomar decisiones trascendentes de su vida comienza a verse afectada”*¹⁰¹.

95 Cfr. *ibid.* p.46.

96 A este propósito, por ejemplo, evidencia Luis Carlos ÁLVARO que *“[l]a disfunción ejecutiva, que es común en la enfermedad de Alzheimer, es aún más típica de otras demencias”*. ÁLVARO, L. C.: “Competencia...”, cit. p.298.

97 Cfr. *ibid.* pp. 25, 128, y 135.

98 Vid. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer* y..., cit., p.46.

99 *Ibid.* p.25.

100 DE LA VEGA, R. y ZAMBRANO, A.: “La capacidad para tomar decisiones, alterada desde los primeros estadios del alzhéimer”, *Circunvalación del Hipocampo*, 2005. Recuperado de: <https://www.hipocampo.org/articulos/articulo0230.asp>.

101 MALM MORGAN, M. R. (dir.), “El proceso...”, cit., p.26. Evidencia en particular el referido autor que *“al menos en la población en estudio, tanto el proceso de TD [Toma de decisiones] como el resto de las FE [Funciones Ejecutivas] incluidas se encuentran afectadas ya desde los comienzos de la EA [Enfermedad de Alzheimer], y esto se observa no sólo en esta investigación, sino que otros estudios neuropsicológicos presentan evidencias que lo sustentan (Sitzer, Twanley, & Jeste, 2006). Consecuentemente resulta razonable proponer que la TD y las FE en su conjunto son procesos cognitivos sensibles al deterioro cognitivo de la EA a pesar de que aún no sea posible establecer claramente el patrón de degradación paulatina de estos procesos. Al respecto, es necesario señalar que, si bien las*

Y lo mismo puede ocurrir también en el caso de otros tipos de demencias, como de la demencia senil¹⁰².

Según afirma la doctrina científica, por tanto, hay que tener en cuenta que la demencia “[e]s una enfermedad variable de unos enfermos a otros”, cuyos “posibles factores causales actúan de distinta manera en cada persona”¹⁰³. Del mismo modo, dependiendo del sujeto, algunas funciones pueden estar más deterioradas que otras, o incluso puede haberse casos en los que las áreas intelectuales que se preservan intactas “compensan” las que están más afectadas, por lo que el grado de capacidad decisional es totalmente variable y personal.

Lo anterior, en definitiva, implica que se puedan presentar situaciones muy diferentes, incluso ante el mismo tipo de demencia, lo que hace inviable la aplicación de reglas absolutas o de tratos generalizados, e indispensable una atención pormenorizada caso por caso.

3. La actitud de la jurisprudencia frente al testador afectado por demencia

Aclarada la faceta médica de las discapacidades neurodegenerativas consideradas y la importancia de tener en cuenta su heterogeneidad y variabilidad, *¿cómo vienen tratadas las demencias y sus diferentes estadios en el ámbito jurídico-testamentario?*

Desde un punto de vista normativo, hemos ya evidenciado que no existe una definición expresa de capacidad testamentaria, ni menos una regulación exhaustiva de las afecciones mentales y de sus implicaciones en la capacidad de testar del individuo¹⁰⁴. Por lo que concierne la vertiente jurisprudencial, a partir de este vacío legislativo los tribunales han venido desarrollando una línea que, en nuestra opinión, procura distinguir de alguna manera entre los diferentes grados de las enfermedades cognitivas y, por ende, entre los distintos niveles de capacidad de la persona, reservando a cada estadio de la patología un trato diferente¹⁰⁵. En particular, tal y como reportaremos en seguida, se asocia la degeneración de la enfermedad con la consecuente disminución de la capacidad testamentaria¹⁰⁶. En otras palabras, cuando la enfermedad se encuentra en un estadio

FE se encuentran afectadas desde el inicio de la EA, esta afectación estaría influyendo de alguna manera en la TD, ya sea sesgando el tipo de elección (segura/riesgo), la cantidad de respuestas o el tiempo en tomar esa decisión.”, ibid. pp.24-25.

102 Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., p.135.

103 BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., p.183. Evidencia asimismo dicho autor que “[e]l orden y la velocidad de esta degeneración varía de unos enfermos a otros. Esto hace, por ejemplo, que en algunos casos las alteraciones del lenguaje sean más tempranas o que, en otros, haya muchos cambios de conducta desde el inicio. En la variabilidad del alzhéimer también influye la situación previa del sujeto, su “biografía” (enfermedades, nivel de estudios, etc.). Por eso, lo normal es que, si preguntamos a otros afectados, comprobemos que nuestra experiencia es a menudo diferente, aunque se trate de la misma enfermedad”. *Ibid.* pp.41-42.

104 *Vid.* Capítulo 1, V.

105 La jurisprudencia ha sido - y sigue siendo - bastante constante en esta línea, tanto antes como después de la Ley 8/2021, por lo que no haremos una diferenciación en este sentido.

106 A este propósito, entre otras, afirma la AP de Valladolid en su sentencia n.º 639/2024 de 7 de octubre (ECLI:ES:APVA:2024:1711) que, con relación a la “demencia tipo Alzheimer”, es “público y notorio que ante este tipo de enfermedad no se consigue una estabilización o mejoría, sino que progresivamente empeora con el paso del tiempo la afectación de las facultades mentales que le es propia”.

incipiente o leve, la tendencia es de considerar el individuo como apto para testar libre y válidamente, mientras que tiende a reconocerse la ausencia de dicha capacidad cuando la afección alcanza un estado grave y avanzado.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid, en su reciente sentencia de 13 de mayo de 2024¹⁰⁷, consideró capaz para testar una señora diagnosticada de *"deterioro leve vs demencia"*, compartiendo la opinión médica expresada en aquel caso por la cual un tal diagnóstico *"implica que no puede determinarse si se trata de un deterioro por demencia o vascular o por una enfermedad transitoria"*, ni *"determinar el momento a partir del cual la enfermedad de alzhéimer pasó de leve a moderada o severa"*, y que por tanto una persona *"con alzhéimer leve"* y bajo la medicación prescrita en aquel caso *"no tenía por qué ser influenciabile"* en su capacidad testamentaria.

La AP de Segovia, en una sentencia del mismo año y con relación a un caso de demencia, apuntó que esta última constituye *"un trastorno progresivo e irreversible, lo que puede implicar que en los primeros estadios de la enfermedad no incapacite totalmente a la persona y que ello suceda con la evolución de la enfermedad"*¹⁰⁸.

En la misma línea, respecto de una testadora con demencia senil, la AP de A Coruña de 2019¹⁰⁹ afirma que dicho deterioro cognitivo no podía considerarse *"más que un deterioro leve, en estado inicial, que no necesariamente equivale a que la testadora no fuera consciente de que lo que estaba decidiendo"*. Para llegar a esta conclusión, la referida Audiencia razona que *"si en marzo de 2017 su deterioro cognitivo era moderado o grave tenemos que presumir que dos años antes, en julio de 2015, no existía deterioro cognitivo o, en todo caso, éste no tenía porque exceder de un estado leve o inicial"*. El Tribunal, formulando conclusiones con un grado de seguridad que, con el máximo y debido respeto, consideramos exceda de su competencia y conocimiento técnico, considera que el hecho de no haberse recibido noticia alguna de deterioro cognitivo *"hasta el mes de mayo de 2015"*, *"hace imposible que transcurridos únicamente dos meses, en el mes de julio de 2015 en el que se otorgó testamento, se hubiera producido un deterioro cognitivo tan grande que impidiera a [la testadora] ser consciente de lo que hacía cuando otorgó el nuevo testamento"*.

Por el contrario, como anticipado, cuando la enfermedad cognitiva diagnosticada se encuentra en un estadio más grave y avanzado, la jurisprudencia es más propensa a reconocer la incapacidad del testador¹¹⁰. Así, entre otras¹¹¹, en una sentencia de junio

107 SAP de Madrid n.º 217/2024 de 13 de mayo (ECLI:ES:APM:2024:6735).

108 SAP de Segovia n.º 133/2024 de 22 de abril (ECLI:ES:APSG:2024:178).

109 SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

110 Así, entre otras, en la SAP de Barcelona n.º 188/2023 de 24 de abril (ECLI:ES:APB:2023:5330), se declaró la nulidad de un testamento otorgado en junio 2007 por una señora que había sido diagnosticada de una demencia tipo Alzheimer de *"grado GDS 4 avanzado"* en enero 2008, afirmando que, aunque no fuese posible para el tribunal *"conocer con más exactitud la situación en que podía hallarse en las fechas más próximas al otorgamiento del testamento"*, a la vista del resto de las practicadas era posible *"llegar al razonable convencimiento de la falta de capacidad de la otorgante"*.

111 Por ejemplo, así también la SAP Barcelona n.º 97/2022, de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:2343), en la que estima la falta de capacidad en una testadora con demencia de tipo *"moderado"*.

de 2009, la AP de Navarra estima acertadas las consideraciones médicas formuladas respecto de una testadora que padecía de Alzheimer *“en estadio moderado”* cuatro años antes otorgar testamento, según las cuales *“[d]icho estadio se caracteriza por que el paciente conserva las capacidades básicas de autocuidado - por ejemplo, deambular alimentarse, vestirse, asearse, etc - pero ya ha perdido las capacidades intelectuales que permiten un funcionamiento independiente”*. Por tanto, consideraron allí los peritos que, *“[d]ada la fase avanzada de demencia en que se encontraba la paciente, la capacidad de juicio se encontraba en dicha fecha gravemente afectada [...], mermando de forma absoluta su capacidad de testar, aunque conservase la capacidad de expresar una elección”*. Además, por lo que se refiere *“a la posible presentación de un intervalo lúcido”* destacaron los médicos que *“dichos intervalos son excepcionales en la fase moderada de la enfermedad y están totalmente ausentes en la fase avanzada de la misma, por lo que hay que descartar su presentación en la fecha [de otorgamiento del testamento]”*¹¹².

Del mismo modo, después de afirmar que *“el mero hecho de padecer la enfermedad de Alzheimer no comporta per se la pérdida de su capacidad cognitiva y volitiva si se halla en un estadio inicial o leve”*, la AP de Valladolid en su reciente sentencia de 7 de octubre de 2024¹¹³ consideró incapaz una testadora cuyo grado de deterioro cognitivo *“en el momento de testar no era el propio de un estadio inicial o leve”*, sino que *“[l]a enfermedad llevaba ya años avanzando, pasando a un estadio moderado cuando menos”*, que *“le imposibilitaba comprender el contenido complejo y las consecuencias de las disposiciones testamentarias cuestionadas”*.

A nuestro modo de ver, el criterio seguido por la jurisprudencia responde a una reflexión como mínimo intuitiva, razonable y acorde con el sentido común, según la cual, en el caso de enfermedades progresivas e irreversibles como la demencia¹¹⁴, cuanto más grave es la enfermedad, más probable es que el individuo no tenga la capacidad necesaria para testar. Después de todo, esta perspectiva se ajusta en buena medida a las consideraciones médicas en materia, por lo menos en sus líneas más generales¹¹⁵.

Sin embargo, como destaca parte de aquella misma doctrina científica¹¹⁶, un criterio similar no siempre concuerda con la realidad de estas enfermedades, puesto que no siempre la gravedad de la afectación de las capacidades cognitivas corresponde al estado avanzado de la enfermedad. Es decir, aun en una fase acuda, dichas patologías pueden consentir a quien las padece de manifestar libremente sus últimas voluntades, o bien, a pesar de estar todavía en una fase inicial, pueden impedirle de hacerlo de modo plenamente consciente¹¹⁷.

Por lo tanto, una cosa es establecer que la afección mental del testador es “grave” al

112 SAP de Navarra n.º 115/2009 de 18 de junio (ECLI:ES:APNA:2009:832).

113 SAP de Valladolid n.º 639/2024 de 7 de octubre (ECLI:ES:APVA:2024:1711).

114 Sobre la progresividad e irreversibilidad de la demencia, cfr. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., p.41.

115 Cfr. capítulo 2, II.

116 Cfr. *ibid.*

117 Cfr. Capítulo 2, II.

punto de excluir la conciencia y el entendimiento de sus actos¹¹⁸; y otra es considerar que dicha gravedad solo se alcanza cuando la enfermedad se encuentre en un estadio “grave” (avanzado) de la misma.

En realidad, estas consideraciones han sido avanzadas también por una parte de las Audiencias Provinciales, que se han preocupado de apuntar que es “*relativamente irrelevante el grado de la calificación médica de la enfermedad*”, pues lo que cuenta “*no es la inclusión en una determinada categoría, sino la real afectación del sujeto*”¹¹⁹. Por esta razón, tal y como recuerdan las Audiencias, también “*nuestro Tribunal Supremo se ha venido pronunciado al efecto, más que en la enfermedad mental, en la incidencia de la misma en [la] capacidad de entender y de querer - SSTS de 25 de abril de 1959 y 11 de diciembre de 1962*”.

IV. LA IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO POR PERSONAS CON DEMENCIA: ALGUNOS ASPECTOS PRÁCTICOS

1. Consecuencias y remedios frente al testamento otorgado por quién no tenía capacidad: la nulidad

A la luz del análisis y de las consideraciones hechas sobre el testamento otorgado por personas con demencia, cabe ahora preguntarse: *¿qué se puede hacer ante un testamento otorgado por quién no tenía la capacidad cognitiva necesaria para hacerlo? ¿Cuáles son las consecuencias de dicha incapacidad sobre el plano jurídico-legal y cómo ha de actuarse?*

Hemos afirmado que en nuestro ordenamiento la capacidad cognitiva para otorgar testamento es requerida de modo perentorio por los artículos 663.2 y 665 del Código Civil¹²⁰.

El artículo 743 CC, por su parte, establece de modo general y restrictivo¹²¹ que “[c]aducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”.

Sin embargo, cabe destacar que en la disciplina civilista no existe una norma específica que establezca de modo expreso cómo ha de sancionarse la falta de capacidad cognitiva del testador, ni cuáles son los remedios procesales que se pueden interponer frente a ella¹²².

118 SAP de Barcelona n.º 517/2009 de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2009:11015).

119 Así se reporta en la SAP de Les Illes Balears n.º 488/2024 de 26 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2024:2413), que cita la SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897).

120 Cfr. Capítulo 1, III.I.

121 Vid. AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R.: “El testamento”, AA.VV., *Derecho de sucesiones*, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (ed.), 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2023, p.80.

122 No es así, por contrario, respecto de algunos derechos forales. Por ejemplo, el Código Civil Catalán, en cuyo libro cuarto, al capítulo II, se disciplina la “*Nulidad e ineficacia de los testamentos y de las disposiciones testamentarias*”. En particular, se prevé al artículo 422-1 (“Nulidad del testamento”) que el testamento será nulo, entre otras cosas, cuando haya sido otorgado “*sin cumplir los requisitos legales de capacidad*”. Además, se disciplina expresamente la acción de nulidad que deriva de dicho vicio (422-3), así todas las consecuencias de la misma (422-4). Sobre este tema, cfr. DIÉZ GARCÍA, H.: “La impugnación del testamento otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º cc (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)”, *Derecho Privado y Constitución*, 41, 2022, pp.373 y ss.

A pesar de este vacío normativo, es bastante pacífico en nuestro ordenamiento¹²³ que el testamento otorgado en violación de lo dispuesto por el artículo 663.2 CC ha de sancionarse con la nulidad ex artículo 6.3 CC¹²⁴, por ser contrario a normas imperativas (663.2 y 665 CC)¹²⁵.

Así, la doctrina reconduce la falta de la capacidad del otorgante a las causas de nulidad del testamento¹²⁶, considerando que la misma genere *“la ineficacia originaria del mismo, por concurrir algún defecto o irregularidad en su otorgamiento”*¹²⁷.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, estableciendo claramente que *“[l]a ausencia de capacidad determina la nulidad absoluta del testamento”*¹²⁸. Además, con particular referencia a las enfermedades cognitivas objeto del presente trabajo, recuerda la Audiencia Provincial de A Coruña en su sentencia de 23 de marzo de 2018¹²⁹ que existe *“reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la valoración de la enfermedad mental como causa de nulidad del testamento”*, según la cual, tal y como ha establecido el TS¹³⁰, en el caso en que se pruebe *“la falta de capacidad mental”* del testador *“se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado”*¹³¹.

El testamento otorgado por una persona que no poseía la necesaria capacidad, por tanto, podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad, cuya legitimación activa corresponde *“a cualquier sujeto con interés legítimo en la declaración de invalidez del testamento”*¹³². Se trata de una acción con efectos declarativos, que proclama la invalidez del acto testamentario y que habrá de promoverse contra todos aquellos que puedan verse afectados por dicha declaración¹³³.

2. La carga de la prueba en el procedimiento de nulidad del testamento

Aunque en esta sede no es posible examinar todas las cuestiones procesales y de fondo que atañen a la acción de nulidad del testamento (ej. tribunal competente, prescripción

123 Cfr. *Ibid.*

124 Art. 6.3 CC *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

125 Cfr. DIÉZ GARCÍA, H.: *“La impugnación...”*, cit., p.372. También a este propósito afirma COSTAS RODAL, L. que *“[l]a sanción para el caso de un testamento otorgado por una persona que carece de capacidad para testar ex artículo 663 CC (sea por falta de la edad mínima requerida legalmente para testar, sea porque la persona carece de capacidad para comprender el alcance de las disposiciones testamentarias, como por ejemplo, una persona enferma de Alzheimer en un estado avanzado) es la nulidad de pleno derecho del testamento y, en consecuencia, la sucesión del causante se regirá por las normas de la sucesión intestada (artículos 912 y ss.)”* COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y...*, cit., p.78.

126 Vid. entre otros BLASCO GASCÓ, F. del P.: *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2021, p.142; DIÉZ GARCÍA, H.: *“La impugnación...”*, cit., p.142.

127 AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R.: *“El testamento...”*, cit., p.80.

128 SAP A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

129 SAP A Coruña n.º 144/2018 de 23 de marzo (ECLI:ES:APC:2018:820).

130 La SAP Coruña se remite en su sentencia a lo establecido en la *“STS de 5 de mayo de 2011”*.

131 En el mismo sentido también, entre otras, la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

132 AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R.: *“El testamento...”*, cit., p.81. A este propósito, DIÉZ GARCÍA, H., también reporta que *“la legitimación activa para obtener la nulidad del testamento corresponde «a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión intestada»*, DIÉZ GARCÍA, H.: *“La impugnación...”*, cit., p.380.

133 Vid. AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R.: *“El testamento...”*, cit., p.81. Con relación a la acción de nulidad, véase también BLASCO GASCÓ, F. del P.: *Instituciones...*, cit., pp. 144 y ss.

de la acción, etc.), estimamos indispensable hacer algunas consideraciones relativas al ejercicio correcto y eficaz de la misma. Como se explicará mejor, el éxito de la impugnación del testamento por falta de capacidad del testador resulta, desde un punto de vista práctico, notablemente complejo¹³⁴. Y esto se debe, entre otras cosas, a las múltiples dificultades que se presentan a la hora de probar dicha incapacidad¹³⁵, cuya carga, además, recae entera y exclusivamente sobre el actor¹³⁶.

En primer lugar, ha de considerarse que, tal y como ha recordado la AP de A Coruña en su sentencia de 23 de octubre de 2019¹³⁷ (citando la jurisprudencia del TS en la materia), para que pueda estimarse la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador “*hay que probar, de modo concluyente [...] la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento*”. Y bien, para que dicha prueba pueda considerarse cumplida, ha de remarse en contra de tres principios fundamentales, interconectados entre ellos, y que rigen en materia sucesoria¹³⁸: el principio del *favor testamenti* (principio dirigido a flexibilizar las solemnidades testamentarias, por el cual, en la medida de lo posible, siempre ha de prevalecer la voluntad del testador¹³⁹), la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador (ex artículo 662 CC)¹⁴⁰ y, en caso de que haya habido intervención notarial, la presunción *iuris tantum* del juicio notarial de capacidad (ex art.685.1, 696 y 707.4ª CC)¹⁴¹.

134 A este propósito, *vid.* entre otros, MONJE BALMASEDA, O.: “La capacidad para disponer por testamento y las personas con discapacidad, después de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, AA.VV., Retos jurídico-sociales para la inclusión de las personas con discapacidad, SERRANO ARGÜESO, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, 2024, p.136.

135 Cfr. DÍEZ GARCÍA, H., *ob.cit.*, pp.368-369.

136 Así lo ha establecido la STS de 26 de septiembre de 1988, tal y como recuerda, entre muchas otras, la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990): “*la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador corresponde a quién sostiene dicha incapacidad (STS26-9-88)*”.

137 (ECLI:ES:APC:2019:2244).

138 Como apunta la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244): “*en atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba, por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio de favor testamenti, que acoge el Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, 30 de octubre 2012, 15 de enero 2013, y 19 de mayo 2015). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad del testamento debe probar, de modo concluyente, la falta o carencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación, y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción iuris tantum de validez testamentaria. [...] Para apreciar la capacidad del testador, -art. 666- habrá que atender inexcusablemente al estado en que se halle en el momento del otorgamiento, por lo que el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido. La ausencia de capacidad determina la nulidad absoluta del testamento. En caso de intervención notarial, el juicio sobre la capacidad de testamentación del otorgante reviste el carácter de presunción iuris tantum*”.

139 Cfr. JUÁREZ OLMOS, M. P., y JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *GPS Sucesiones Guía Profesional 5ª Edición*, Tirant lo Blanch, 2022, p.143. Con relación al principio del *favor testamenti*, afirma exhaustivamente BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E., que “[e]ste principio no significa otra cosa que reconocer que la voluntad del testador es la ley de la sucesión” BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E.: “El derecho de sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial”, AA.VV.: *Derecho de sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2023, p.87.

140 *Vid.* Capítulo 1.

141 Como apunta RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “*Del propio Código Civil (arts. 685 párrafo 1º in fine, 696 y 707.4º) deriva el deber material o sustantivo para el notario de emitir un juicio acerca de si el testador tiene la capacidad suficiente para testar en el momento del otorgamiento, es decir, que es mayor de catorce años y que puede conformar o expresar su voluntad, por sí solo o con ayuda de medios o apoyos para ello. Junto a este deber material existe*

En sentido, como bien explican nuestros tribunales, la carga de probar la falta de capacidad de testar “*deriva del principio de favor testamenti que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado*”¹⁴². Además, para el caso en que el testamento se haya otorgado ante notario, su aseveración respecto de la capacidad del testador “*adquiere una especial relevancia de certidumbre*”, constituyendo “*una presunción iuris tantum que solo puede desvirtuarse mediante una evidente, completa, convincente e inequívoca prueba en contrario*”¹⁴³.

En nuestra opinión, ya a partir de los propios términos utilizados por la jurisprudencia para describir el grado de seguridad probatoria requerido, se desprende la dificultad que implica su alcance. Pues, para destruir dichas presunciones y principios y obtener la declaración de nulidad del testamento, la prueba de que el sujeto, al momento de testar, no disponía de la capacidad cognitiva necesaria para hacerlo, ha de ser “*inequívoca y concluyente*”¹⁴⁴, “*cumplida, evidente y completa*”¹⁴⁵.

En realidad, como señala MONJE BALMASEDA¹⁴⁶, una parte de la jurisprudencia se ha preocupado de aclarar que la prueba necesaria para destruir la presunción de validez

*un deber formal, de modo que el notario ha de hacer constar en el testamento que el testador posee, a su juicio, tal capacidad. [...] Los tribunales otorgan a esta apreciación subjetiva del notario de la capacidad del testador un valor muy grande. La Jurisprudencia considera que el juicio favorable emitido por el notario constituye un refuerzo considerable de la presunción iuris tantum de la capacidad del testador, justificándolo en el prestigio de la función notarial (por todas véanse las SSTs, Sala Primera, de 18 de marzo de 1988 [Tol 1735480]; de 29 de marzo de 2004 [Tol 365401]; y de 3 de febrero de 2023 [Tol 9448691]).” RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad para disponer por testamento”. En Cañizares Laso, A., *Comentario al Código Civil 5 Tomos*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 3249-3250. A este propósito vid. también DIÉZ GARCÍA, H.: “La impugnación...”, cit., pp.363-364.*

142 Tal y como recuerda la SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897): “La STS de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3157) indicaba que la proyección de la carga de la prueba sobre quien sostenga la incapacidad del testador no incapacitado judicialmente “*deriva del principio de favor testamenti, que acoge nuestro Código Civil, y de su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTs de 26 de abril de 2008 , núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012 , núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013 , núm. 827/2012 y de 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015)*”. Así también, entre otras, la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244). Y en el mismo sentido apunta la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990) que “[e]s principio general el de que la capacidad de las personas se presume siempre (principio pro capacitate, derivado del de favor testamenti, en relación con los arts. 3.2 y 103 CS, STSJ 7.1.1992 EDJ 1992/14184),” y que “[l]a declaración notarial respecto de la capacidad del otorgante adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de actitud, que solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS. 21.6.1986, 10.4.1987 EDJ 1987/2895 , 26.9.1988, 13.10.1990, 22.6.1992 EDJ 1992/6692 26.4.1995 EDJ 1995/1605 , 18.5.1998 EDJ 1998/4697..., STSJCat. 4.2.2002 EDJ 2002/8095)”.

143 SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990).

144 Así, entre otras, con relación a la prueba en contra de la presunción *iuris tantum* de la aseveración notarial, vid. *ibid.*; con relación a la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de capacidad y al principio del *favor testamenti*, establece entre otras la STS n.º 289/2008 de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2008:2218) que el mismo “*cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario*” (sentencia de 19 de septiembre de 1998)”; y la SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244) que “*la capacidad del testador debe presumirse en tanto no se demuestre inequívoca y concluyente que, al tiempo de realizar la declaración testamentaria, tenga alteradas sus facultades volitivas y cognitivas, hasta el punto de impedirle tomar decisiones que conlleva el otorgamiento de un testamento*”.

145 SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

146 Cfr. MONJE BALMASEDA, O.: “La capacidad...”, cit., pp. 134-135.

testamentaria “*no supone certeza absoluta*”. Sino que, de modo “*más acorde con las dudas y la realidad que suelen presentar*” estos casos, el TS de julio 2016¹⁴⁷ ha establecido que lo que se requiere es una “*determinación suficiente*” de la falta de capacidad del testador, que resulte acreditada en base a “*criterios de probabilidad cualificada*”¹⁴⁸. En estos términos se han pronunciado también, en reiteradas ocasiones, las Audiencias Provinciales¹⁴⁹. Entre otras, la AP de Zaragoza de 2016, que en su sentencia de 3 de octubre explica que la pretensión de que se alcance una “*certeza absoluta*” de la ausencia de capacidad testamentaria “*sería contraria a la lógica de las cosas y haría casi imposible la declaración de una incapacidad que verosímilmente puede representarse como altamente probable*”¹⁵⁰.

Sin embargo, a pesar de la aclaración hecha por el Supremo en 2016, no faltan pronunciamientos en los que, remitiéndose a la jurisprudencia más antigua del Alto Tribunal, las Audiencias se siguen pronunciando en sentido contrario¹⁵¹. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia recuerda en su sentencia de 31 de mayo de 2017¹⁵² que “*la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio al tiempo de otorgar el testamento no debe dejar margen a la duda*”¹⁵³.

A) LOS PRINCIPALES MEDIOS DE PRUEBA

Dejando por un momento de lado el grado de certeza probatoria requerido, cabe brevemente destacar cuáles son los medios de prueba útiles para destruir las mencionadas presunciones de capacidad y así estimarse la nulidad del testamento.

A tal fin, no serán suficientes simples presunciones, ni meras pruebas indiciarias o conjeturas¹⁵⁴. Por contrario, y en particular con relación a los testamentos otorgados por quien padecía de demencia, recubren un importante valor probatorio¹⁵⁵ el historial mé-

147 STS 461/2016 de 7 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3123).

148 Por tanto, en aquella ocasión, el TS apoya la conclusión del tribunal de instancia, según la cual “*aún reconociendo las dudas razonables que presenta este caso*”, “*la parte impugnante no ha acreditado, de forma determinante y suficiente, que la testadora careciera de capacidad mental en el momento del otorgamiento de dicho testamento*”.

149 Entre muchas otras, *vid.* SAP de A Coruña n.º 346/2019 del 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244), SAP de Madrid n.º 96/2021 de 29 de marzo (ECLI:ES:APM:2021:4129), SAP de Almería n.º 1042/2022 de 13 de septiembre (ECLI:ES:APAL:2022:897).

150 SAP de Zaragoza n.º 345/2016 de 3 de octubre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1863).

151 Entre otras, así en las SSAP de Valencia n.º 162/2020 de 16 de abril (ECLI:ES:APV:2020:1424), SAP de Valencia n.º 72/2023 de 15 de febrero (ECLI:ES:APV:2023:271), SAP de Córdoba n.º 395/2023 de 28 de abril (ECLI:ES:APCO:2023:319).

152 SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990).

153 En el mismo sentido, también la SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244).

154 *Vid.* RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad...”, *cit.*, p.3249.

155 En este sentido, NAVARRO RODRÍGUEZ, S., apunta que probar la falta de capacidad testamentaria “*entre otras cosas va a requerir acceder a la historia clínica completa de los centros donde fue tratada la persona para obtener los registros sanitarios de fechas muy concretas, recabar un dictamen pericial médico que interprete la documentación médica y pueda dictaminar sobre la falta de capacidad, y hacerlo con la contundencia necesaria para invalidar el juicio que hizo el notario. También resultará conveniente la intervención de testigos que se relacionaron con la persona durante aquellas fechas concretas que depongan en línea con el resultado de la prueba documental y pericial sanitarias*”. NAVARRO RODRÍGUEZ, S.: “Diez reflexiones sobre testamento, terminalidad y deterioro cognitivo tras el cambio de paradigma de la Ley de discapacidad”, *Diario La Ley*, N.º 10355, 2023.

dico del testador, los testimonios de la gente más cercana a este y los informes médicos y periciales realizados a partir de los anteriores¹⁵⁶.

Como informa la doctrina científica¹⁵⁷, la demencia es una enfermedad que se diagnostica a partir de la exploración del paciente, así como de las informaciones proporcionadas por sus familiares. Obviamente, al encontrarnos en un momento en el que el testador interesado ya no está en vida, la prueba de su incapacidad mental al momento del otorgamiento comporta “una demostración *“a posteriori” de su estado mental, un diagnóstico retrospectivo*”, que pues podrá efectuarse “*partiendo de diversos elementos prueba como testimonios, historial médico [...]*”¹⁵⁸. Relevantes, por tanto, serán las informaciones médicas más cercanas a la fecha del testamento, los informes de quien visitó directamente el paciente o, en su ausencia, las periciales elaboradas a partir de su historial clínico¹⁵⁹.

De igual trascendencia serán los testimonios de quienes estuvieron en contacto con el testador en dicha época¹⁶⁰. De hecho, los médicos evidencian que, a menudo, a la hora de diagnosticar la demencia, lo referido por dichas personas respecto del estado del enfermo puede tener incluso más relevancia que los exámenes médicos efectuados sobre el mismo¹⁶¹.

De acuerdo con lo anterior, los tribunales suelen fundamentar la nulidad de los testamentos otorgados por personas con demencia en los medios probatorios mencionados.

Así, por ejemplo, la AP de Lugo, en su sentencia de 9 de mayo de 2022¹⁶², consideró acreditada la falta de capacidad del testador con alzhéimer basándose en el informe pericial elaborado por el médico que lo trató durante su enfermedad¹⁶³. La sentencia, además, señaló que dicho informe debía prevalecer sobre aquellos elaborados por profesionales

156 No se trata de un listado exhaustivo, sino solo de lo que se considera más relevante con relación al objeto del presente trabajo. Por ejemplo, entre otros elementos indiciarios, cabe incluir también “*el contenido del propio testamento, [...] circunstancias como el que las disposiciones efectuadas contradigan comportamientos o pautas de la vida de los otorgantes o que las motivaciones sean ilógicas o irracionales*” SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168). Sin embargo, tal y como señala RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., “[a]unque desde luego cabe admitir cualquier medio de prueba (como los actos del testador coetáneos o, inmediatamente anteriores o posteriores al otorgamiento, que revelen la carencia de capacidad para testar en dicho momento), posee gran relevancia la pericial, esto es, los dictámenes de facultativos que acrediten una enfermedad física o psíquica que prive al paciente de la capacidad para disponer de sus bienes.” RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad...”, cit., p. 3249.

157 Vid. BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., p. 54.

158 SAP de Madrid n.º 100/2022 de 22 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:2168). También vid. SAP de Valladolid de 7 de octubre de 2024 n.º 639/2024 (ECLI:ES:APVA:2024:1711).

159 Vid. NAVARRO RODRÍGUEZ, S.: “Diez reflexiones...”, cit.

160 *Ibid.*

161 Apunta CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., que “*tal y como señala Beard (2008), en virtud de la sospecha diagnóstica se infiere, ya desde un inicio, una disminución en la competencia en la persona que se va a diagnosticar. Su testimonio no es fiable. Por esta razón, el experto clínico atribuye más legitimidad a la información que proporcionan los familiares que a la proveída por la propia persona que está siendo evaluada. No hay, por tanto, otro modo de diagnosticar la existencia o no de la demencia más que por medio de una entrevista con el núcleo de convivencia.*” CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., pp.135-136.

162 SAP Lugo n.º 323/2022 9 de mayo (ECLI:ES:APLU:2022:503).

163 Lo mismo ocurrió en un caso enjuiciado por la AP de Madrid en febrero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2168), en el que se estimó la nulidad de un testamento otorgado por quien padecía de demencia sobre la base de un informe médico legal emitido el mismo día del otorgamiento.

que no visitaron directamente al paciente¹⁶⁴. Asimismo, la AP de A Coruña, en noviembre 2022¹⁶⁵, estimó la nulidad de un testamento otorgado por una persona que sufría de demencia, considerando que *“tanto las testificales de quienes trataron [al causante] [...] y observaron su cambio ya en 2016”, “como la historia clínica”* del mismo, evidenciaban su ausencia de capacidad al momento de testar.

A partir de dichos medios probatorios, la jurisprudencia también suele llegar a concluir en sentido contrario. Por ejemplo, la AP de Ourense, en su sentencia de 4 de noviembre de 2021¹⁶⁶, desestimó la acción de nulidad en un caso en que la testadora padecía de alzhéimer, afirmando no poder acogerse *“las conclusiones del perito designado por la actora y sí las obtenidas por el perito de la demandada”*, por ser *“más acorde[s]” “a la prueba testifical practicada, a través de la que se pudo conocer de las declaraciones de otro hermano de los litigantes, la peluquera de la testadora, un vecino y una amiga de la misma, que no apreciaron ningún déficit mental en ella”*.

B) LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD TESTAMENTARIA COMO PROBATIO DIABOLICA

Al margen de las diferentes interpretaciones jurisprudenciales, la dificultad para probar la falta de capacidad del testador al momento del otorgar testamento deriva, en nuestra opinión, de la propia naturaleza de la situación que concierne. Tal y como hemos destacado¹⁶⁷, se trata de probar una condición interior y personal del otorgante, respecto de un momento concreto y muy específico de su vida (el de otorgar testamento) y *a posteriori*, esto es, cuando ya el testador ha fallecido.

Como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo, además, la variabilidad de las condiciones de las personas con demencia es máxima¹⁶⁸. Incluso, las complejidades relativas a este tipo de patologías se presentan ya a partir de su diagnóstico, el cual es todo menos que ágil¹⁶⁹. De hecho, la doctrina científica apunta que hasta hoy *“no hay ninguna prueba para diagnosticar el alzhéimer [...] ni para descartarlo”*¹⁷⁰. Y en general, con relación las demencias, existen enormes dificultades en detectarlas correctamente, siendo frecuente confundir sus síntomas con situaciones normales¹⁷¹ y siendo los test que se emplean para su diagnóstico muy poco precisos¹⁷². Conforme destacan los

164 Afirma en aquella ocasión la AP de Lugo que: *“el informe elaborado por una doctora que no examinó al Sr. Paulino, es evidente que no pueden desvirtuar los anteriores informes médicos, ni tampoco puede hacerlo el informe aportado por la parte demandada, elaborado por el Doctor Eliseo, ya que esté doctor no examinó en persona al fallecido, refiriéndose su informe a su opinión sobre los antecedentes existentes en las actuaciones, en relación con el Documento Sitges, que se emplea para valorar la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia”* (ECLI:ES:APLU:2022:503).

165 SAP A Coruña n.º 380/2022 de 30 de noviembre (ECLI: ES:APC:2022:3028).

166 SAP de Ourense n.º 496/2021 de 4 de noviembre (ECLI:ES:APOU:2021:723).

167 Vid. Capítulo 3, II.

168 Vid. Capítulo 2.

169 Cfr. CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., p.135; BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., pp.26-27.

170 BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y ...*, cit., p.54. A este propósito, cfr. también CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil...*, cit., p.95.

171 *Ibid.*, p.26.

172 En este sentido, destaca CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P., que *“[e]n la práctica, existen dificultades importantes para establecer una correspondencia estricta entre los criterios canónicos para el diagnóstico y la efectiva exploración*

expertos, no se dispone de herramientas específicas y exhaustivas para valorar la capacidad de los pacientes¹⁷³, sino que los médicos “[l]o hacen utilizando una mezcla de sentido común y experiencia profesional”¹⁷⁴.

Si las pruebas médicas son tan poco fiables y precisas, nos preguntamos como podrían no serlo también los medios de prueba de los que dispone el actor a la hora de acreditar la discapacidad del testador. En efecto, como destaca RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M., la prueba pericial “no tiene un carácter decisivo”, sino que “ha de ser apreciada por el juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, sin quedar vinculado por aquella”¹⁷⁵. Y también, con relación a la información proporcionada por los familiares, la propia doctrina científica pone en guardia respecto de su fiabilidad¹⁷⁶.

Consideramos que la dificultad que comporta diagnosticar la demencia y concretar las afecciones cognitivas específicas de quien la padece, choca con el grado de prueba requerido para que se estime la nulidad de su testamento por incapacidad¹⁷⁷. Y esta contradicción acaba reflejándose, en nuestra respetuosa opinión, en los propios pronunciamientos jurisprudenciales. Así, por ejemplo, en la STS de 8 de abril de 2016¹⁷⁸, el Alto Tribunal estima acertada la sentencia de apelación allí recurrida, la cual, después de haber claramente reconocido que el caso presentaba “dudas razonables”, afirma

clínica. Y esto es así porque la estandarización obligada de este tipo de pruebas provoca resultados «extraños» en aquellas personas cuyas características personales no se ajustan a la norma. En principio, las pruebas han tenido que ser validadas para a la población a la que se administra. Sin embargo, la práctica demuestra que este no es realmente el caso. El propio diseño de las escalas cognitivas de valoración hace que se presenten dificultades para evaluar, por ejemplo, a personas que no han estado escolarizadas o, en el otro extremo, a aquéllas con una formación académica elevada. Igualmente, aparecen problemas no ya de interpretación de resultados, sino para pasar el cuestionario, cuando se trata de evaluar a personas con un déficit sensorial (discapacidad en la visión o en la audición, principalmente).” CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: La demencia senil..., cit., p.135.

173 Apunta SIMON-LORDA, P., que [e]n España, salvo error u omisión, no existen protocolos validados de evaluación de la capacidad” SIMÓN-LORDA, P.: “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 2008, p.345.

174 *Ibid.*, p.332.

175 RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad...”, cit., p.3251.

176 A este propósito, BARÓN RUBIO, M. destaca que “[c]on relativa frecuencia, existe una discordancia entre la información que dan los familiares y el resultado de los test cognitivos. A veces vamos muy alarmados al médico, pero nuestro familiar responde perfectamente a sus preguntas. Esto puede deberse a que no se trate de una verdadera demencia (por ejemplo, en una depresión), a que sea un tipo de demencia diferente al alzhéimer (por ejemplo, una demencia frontal, donde puede conservarse la memoria, pero la conducta estar muy alterada) o también que tenga un nivel cultural alto y los fallos se noten menos en pruebas relativamente sencillas. Por el contrario, cuando el paciente falla muchísimo y los familiares apenas se han dado cuenta, puede deberse a que está muy “arropado” y lleva una vida muy rutinaria; o porque es una persona normal, pero con bajo nivel cultural; o, muy frecuentemente, por la influencia de fármacos o de otras enfermedades. A este respecto, los médicos no deben emitir un diagnóstico de demencia basándose en una exploración hecha durante un ingreso hospitalario, donde muchas personas mayores se desorientan, tienen enfermedades graves y toman fármacos que merman sus capacidades intelectuales. Deberán, por tanto, diferenciar la demencia de otras causas que pueden hacer fallar la memoria, como los cambios asociados a la edad o las alteraciones debidas a estados de ansiedad o depresión. Si esta última es lo suficientemente grave, puede hacer pensar al médico en la presencia de una demencia: es lo que se conoce como “pseudodemencia depresiva” o “demencia asociada a depresión”. Muchas veces no es fácil distinguirla de una demencia verdadera y, con frecuencia, solo la evolución en el tiempo ayudará al diagnóstico. Además, no es raro que ambos procesos (depresión y demencia) se produzcan de forma simultánea, especialmente en personas mayores.” BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y...*, cit., p.59.

177 Cfr. Capítulo 3, II.

178 STS n.º 243/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1627).

que había llegado “a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta el caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador”.

Nos surge espontáneo preguntarnos: ¿cómo podría el actor, a fin de que se estime su demanda de nulidad, acreditar “de manera inequívoca o indudable” la falta de capacidad testamentaria en un caso que, según destaca el mismo tribunal juzgador, presenta “dudas razonables”?

En base a todo lo anterior, y siempre a nuestro deferente modo de ver, el tipo de prueba que se requiere para que se estime la incapacidad del testador al momento de otorgar sus últimas voluntades bordea los límites de una *probatio diabolica*¹⁷⁹, siendo la única manera para probar dicha incapacidad de modo “inequívoco y concluyente” hacer un examen directo y específico del testador en el concreto momento del otorgamiento¹⁸⁰.

3. El papel del notario en la acreditación de la capacidad del testador: una breve reflexión crítica

En realidad, como bien apunta MIGUEL ALHAMBRA, L., alguien que valora la capacidad del testador en el momento de testar, existe, y es el notario¹⁸¹. Sobre este punto, cabe hacer una última reflexión.

Como se ha mencionado¹⁸², cuando el testamento se otorga con la intervención del notario (esto es, tanto en los testamentos abiertos¹⁸³ como en los cerrados¹⁸⁴), la ley exige que este acredite si, a su juicio, el testador dispone de la capacidad necesaria para testar¹⁸⁵. En el caso de las personas con discapacidad (incluidas, por tanto, las que pade-

179 Como recuerda SUÁREZ XAVIER, P. R., la “actividad probatoria, consiste en el propio derecho a la prueba, que la doctrina conceptúa como sienta aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. Asociada a la actividad probatoria, en el ámbito civil, en el que rige el principio dispositivo, nos encontramos con la llamada carga de la prueba, que consiste en la obligación de las partes de probar la certeza de los hechos que se desprenden de sus alegaciones, siempre que se trate de hecho controvertido, tal y como dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).” SUÁREZ XAVIER, P. R.: “Justicia predictiva y segunda instancia: sobre la posibilidad de la apreciación de la prueba por una IA”, AA.VV., *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, SÁNCHEZ RUBIO, A. (dir.), Tirant Lo Blanch, 2024, p.218. Pues bien, en algunos casos puede haberse una “práctica imposibilidad de probar determinados hechos. En tales casos, en los que la práctica de una determinada prueba comporta una dificultad extrema o, incluso, deviene imposible —denominados, gráficamente, probatio diabólica: prueba diabólica por imposible” CALAZA LÓPEZ, S.: “La prueba: concepto, caracteres, regulación, carga y valoración”, AA.VV., *Derecho procesal civil – parte general*, CALAZA LÓPEZ, S. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2024, p.362.

180 Vid. MIGUEL ALHAMBRA, L.: “Demencia y capacidad para testar. A propósito de una sentencia”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, (Enero-Febrero) 2015.

181 *Ibid.*

182 Vid. Capítulo 3, II.

183 Con relación a estos, establece el art.696 CC que “[e]l Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

184 Dispone el art.707 CC lo siguiente: “En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes: [...] 4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.”.

185 Asítambién lo ha recordado, entre muchas otras, la SAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo (ECLI:ES:APV:2017:3990).

cen de demencia), la evaluación del notario consiente al incapaz de testar libremente¹⁸⁶ y, al mismo tiempo, su valoración positiva “*preconstituye la prueba de la capacidad del otorgante*”¹⁸⁷. En este sentido, aunque se afirma que dicha aseveración “*solo genera una presunción iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario*”¹⁸⁸, ya se han evidenciado los numerosos desafíos que esta destrucción implica¹⁸⁹.

Además, consideramos oportuno resaltar que el juicio expresado por el notario sobre la capacidad del otorgante no deja de ser el fruto de una apreciación meramente subjetiva. Como señala ALVENTOSA DEL RÍO, J., según la nueva redacción del artículo 665 CC, el notario “*no está obligado a comprobar la capacidad de la persona*”, sino que solamente “*debe, según su propio criterio, constatar que la persona está en condiciones de conformar o expresar su voluntad*”¹⁹⁰. De este modo, el notario se limita a dar su opinión, según un juicio propio y personal¹⁹¹, y no se le exige “*que tenga una certeza absoluta de tal capacidad*”, sino que puede “*darse por satisfecho con la probabilidad de que la persona que otorga el testamento es capaz*”¹⁹².

A tal propósito, además, parte de la doctrina apunta que “*el notario no realiza un juicio médico*” y que lo que importa “*no es si la persona sufre o no una patología y en qué grado*”, sino que, más allá del aspecto médico, cuentan otros factores a la hora de valorar la capacidad del otorgante, como el educativo o el social¹⁹³. Y esto porque “[l]o que debe enjuiciarse es si la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que otorga, en este caso el testamento”¹⁹⁴.

Ahora bien, aunque no discrepamos del todo de dichas consideraciones, lo cierto es que, cuando se trata de personas que padecen patologías como el alzhéimer u otras demencias, fatigamos a admitir que, en dicho “*enjuiciamiento*”, el aspecto médico deba tener el mismo peso – o incluso un peso menor – que los demás factores que el notario pueda valorar¹⁹⁵. Asimismo, nos cuesta afirmar que la “*especial relevancia de certidumbre*”¹⁹⁶ que adquiere la apreciación notarial acerca de la capacidad testamentaria pue-

186 Así lo prevé el artículo 665 CC (cfr. Capítulo 1, III.I).

187 DIÉZ GARCÍA, H.: “La impugnación...”, cit., pp.362-363.

188 *Ibid.* pp. 363-364.

189 Cfr. Capítulo 3, II. y III.

190 ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de...”, cit., pp.465-466.

191 *Vid.* RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad...”, cit., p. 3250.

192 *Ibid.*

193 ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”, AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.), Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, p.536.

194 *Ibid.*

195 En igual sentido crítico, sobre el papel de notario en el contexto más general del apoyo al incapaz tras la Ley 8/2021, cfr. VALLS I XUFRE, J. M.: “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.), Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp.85 y ss.

196 Así, entre muchas otras, en las SSTs n.º 20/2015 de 22 de enero (ECLI:ECLI:ES:TS:2015:195) y n.º 386/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3164) y en las SSAP de Valencia n.º 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990), SAP de A Coruña n.º 346/2019 de 23 de octubre (ECLI:ES:APC:2019:2244) y de 12 de diciembre de 2017 (ECLI:

da considerarse justificada por una suficiente fiabilidad, escurpulosidad y competencia en la formación de dicho juicio.

A este propósito, nos parece revelador el informe pericial citado por la SAP de Lugo de 9 de mayo 2022¹⁹⁷, elaborado en aquel caso por el médico que había seguido el testador con Alzheimer cuyo testamento se impugnaba. En el mismo se refiere que el causante padecía de *“un trastorno mental que sólo puede apreciar un médico, e incluso un especialista”*. Y esto porque, según explicaba el médico, *“[c]uando los procesos demenciales se encuentran en un estado muy avanzado”, las alteraciones cognitivas manifestadas por el paciente “son fácilmente identificables para un notario” y es “más difícil que le pasen desapercibidas”*; sin embargo, cuando la patología se encuentra *“en estados no tan avanzados”* y las funciones cognitivas *“no tan afectadas”, “la detección no es fácilmente identificable, encontrándose el notario en la obligación de recurrir a la precia médica para discernir si las funciones afectadas impiden tener la cognición y volición necesarias [para] la realización del acto notarial deseado”*.

A la luz de la alta variabilidad que caracteriza estas enfermedades y de la dificultad que conlleva su diagnóstico¹⁹⁸, nos preguntamos si puede considerarse oportuno someter la posibilidad de testar del incapaz al sólo *placet* del notario¹⁹⁹ y no también a la valoración de un sanitario especialista²⁰⁰, cuyo examen, tal y como sugiere el referido médico en el informe mencionado, *“sería siempre necesario en el caso de conocerse en la persona un diagnóstico previo de cualquier tipo de enfermedad que conlleve deterioro cognitivo, especialmente si éste es demencial”*²⁰¹.

V. CONCLUSIONES

A través del presente trabajo se ha querido poner de manifiesto la necesidad de un enfoque más integral y equilibrado respecto de la capacidad para testar de las personas con enfermedades neurodegenerativas (como el Alzheimer y otras demencias), cuya variabilidad e impredecibilidad hacen indispensable una valoración pormenorizada de cada caso. En este contexto, resulta fundamental extraer las principales conclusiones derivadas del análisis realizado, con el fin de sintetizar los aspectos más relevantes del

ES:APC:2017:2839), SAP de Lugo n.º 131/2024 de 18 de marzo (ECLI: ES:APLU:2024:222).

197 SAP Lugo n.º 323/2022 9 de mayo (ECLI:ES:APLU:2022:503).

198 Vid. Capítulo 2, II y Capítulo 3, II.II.

199 Para profundizar más sobre el papel del notario en el contexto testamentario, cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: “La capacidad..”, cit., pp. 535 y ss.

200 Sobre la importancia de que a valorar la incapacidad de las personas afectas por deterioros cognitivos sean médicos especialistas, cfr. SIMÓN-LORDA, P.: “La capacidad de..”, cit., p.331.

201 A este propósito, evidencia ÁLVARO, L.C., que “[l]os médicos, y los sanitarios en general, carecemos de potestad para dictar si existe capacidad legal. El ministerio fiscal y el juez suelen solicitar peritaciones e informes médicos, en los que pueden fundamentar su decisión, que va ser global, nunca específica de tarea como en el caso de la capacidad natural o de obrar. A la pregunta de quién evalúa la capacidad que nos compete, la natural, debemos responder que el médico responsable del paciente. El personal a cargo del paciente es quién debe establecer su capacidad, con las evaluaciones de apoyo de otros colegas que considere pertinentes¹. Resulta llamativo que no se considere al neurólogo en esta lista de consultores, ni siquiera cuando se trata de dar soporte a la evaluación de capacidad en pacientes con demencia¹⁴⁻¹⁶. Este es un aspecto en el que en nuestra opinión la comunidad neurológica debe incidir.” ÁLVARO, L. C.: “Competencia..”, cit. p.292.

estudio y resaltar aquellos puntos que, en relación con la capacidad para testar en estos supuestos, consideramos que requieren una especial atención y reflexión.

I. A lo largo de la historia de nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad para testar ha sido objeto de regulación con criterios que han evolucionado desde el Derecho romano hasta el Código Civil de 1889. El concepto tradicional de capacidad testamentaria ha estado ligado a una concepción algo rígida de la voluntad, lo que ha supuesto limitaciones para ciertos colectivos, en particular, para las personas con discapacidades cognitivas. Sin embargo, dicho concepto se ha ido flexibilizando con el tiempo, sobre todo gracias a la labor interpretativa de la jurisprudencia, la cual, siguiendo el camino trazado por los tribunales europeos en la materia, ha anticipado los conceptos y principios fundamentales finalmente recogidos en la Ley 8/2021. En particular, la jurisprudencia ya había mostrado una tendencia anticipadora al reconocer la validez de testamentos otorgados por personas con discapacidad siempre que existieran elementos que evidenciaran su voluntad libre y consciente. Este desarrollo previo ha facilitado la recepción de la reforma en el ámbito judicial.

Por su parte, La Ley 8/2021 ha supuesto una reforma sustancial en materia de capacidad jurídica, introduciendo un cambio de paradigma basado en el modelo de apoyo y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. Este nuevo enfoque busca garantizar la toma de decisiones en igualdad de condiciones, dejando atrás modelos restrictivos. En relación con la capacidad para testar, la Ley 8/2021 establece una nueva interpretación más flexible y garantista, reafirmando la presunción de capacidad que debe regir con relación a la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad e introduciendo una serie de normas destinadas a proporcionarles un apoyo práctico y efectivo para expresar y plasmar su verdadera voluntad en un testamento.

Sin embargo, la ausencia de referencias más detalladas al estado cognitivo de estas personas y a su grado de discapacidad al momento de testar genera incertidumbre interpretativa y deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia la tarea de delimitar los supuestos en los que podría considerarse que la capacidad ha sido afectada de manera determinante.

II. Enfermedades como el Alzheimer, la demencia senil y otros trastornos neurodegenerativos presentan similitudes, pero también diferencias sustanciales en su evolución y en la forma en que afectan la capacidad cognitiva y volitiva de los afectados. Las evidencias científicas muestran una elevada complejidad y variabilidad de estas patologías, que implica que la capacidad de una persona para testar puede fluctuar a lo largo del tiempo, independientemente del estado más o menos avanzado de las mismas. Por esta razón, la determinación de la capacidad testamentaria en estos casos no puede hacerse de forma uniforme, sino que requiere un análisis individualizado.

A este respecto, la jurisprudencia ha adoptado mayoritariamente una postura prudente, en línea con la presunción de capacidad que rige en nuestro ordenamiento. En relación con los testadores afectados por demencia o alzhéimer, el análisis de las resoluciones

judiciales muestra que los tribunales suelen interpretar la existencia de capacidad en sentido amplio, priorizando la voluntad del testador cuando existen elementos que permitan inferir su discernimiento. Por el contrario, la falta de capacidad suele estimarse únicamente en estadios más avanzados de dichas enfermedades, mientras que raras veces se aprecia en fases leves e incipientes. Esta tendencia, aun siendo juiciosa y precavida, puede chocar con los datos científicos existentes en la materia antes descritos.

III. Con relación a las consecuencias jurídicas que derivan de un testamento otorgado por una persona con discapacidad cognitiva, la principal implicación es su nulidad. La legislación contempla esta vía como un mecanismo de protección de la voluntad real del testador y de los principios de seguridad jurídica.

En los procedimientos de impugnación de testamentos, la carga de la prueba recae en quien alega la falta de capacidad del testador, lo que supone una exigencia probatoria elevada para quienes cuestionan la validez del acto testamentario. Los principales medios de prueba en estos procedimientos incluyen informes médicos, testimonios de personas cercanas al testador y documentos periciales. Sin embargo, la alta variabilidad de los trastornos neurodegenerativos interesados, la complejidad de su exacto diagnóstico y la naturaleza casi siempre extemporánea de dichas pruebas respecto del momento del otorgamiento hacen que las mismas no sean fiables ni concluyentes al cien por cien. En este sentido, consideramos la prueba de la incapacidad testamentaria como una *probatio diabolica*, dada la dificultad de acreditar con certeza que el testador carecía de discernimiento en el momento exacto del otorgamiento del testamento, especialmente cuando no existe un informe pericial contemporáneo al acto. Asimismo, la ausencia de una jurisprudencia unívoca sobre la prueba necesaria en este ámbito, que tenga en cuenta de la realidad médica y de la variabilidad de estas patologías, merma, desde nuestro punto de vista, los derechos y garantías *post mortem* de las personas con discapacidad.

IV. En este contexto, el notario juega un papel fundamental en la acreditación de la capacidad del testador, ya que su intervención dota de una presunción de validez al testamento. No obstante, en los casos de testadores afectados por enfermedades neurodegenerativas, nos preguntamos si la mera apreciación subjetiva del notario sobre la capacidad del otorgante pueda considerarse suficiente para excluir situaciones de manipulación o de distorsión de la voluntad, provocadas por el deterioro cognitivo del que padece. A este respecto, una comprobación más profundizada del historial médico del testador en caso de que existan dichas afecciones cognitivas (aunque en fases incipientes) y una mayor participación de expertos médicos en el proceso de validación de la capacidad testamentaria de estos individuos, podría ser decisiva para garantizar su libertad de actuación en el ámbito sucesorio.

Aún en un sistema que se basa sobre presunciones de capacidad y principios como el *favor partitionis*, la correcta acreditación de la capacidad testamentaria de las personas que padecen de deterioros cognitivos debería de ser un derecho de estos sujetos, el cual, lejos de constituir un obstáculo, representaría una garantía adicional de su autonomía y dignidad. Después de todo, como se acaba de destacar, ya existe un profe-

sional que efectúa dicha acreditación en el preciso momento del otorgamiento, y es el notario. Lo que cuestionamos es que sea el profesional adecuado para realizar dicha tarea y que esté efectivamente operando en su ámbito de competencia. Pues, a nuestro modo de ver, al momento de valorar la capacidad del otorgante, dicho operador jurídico no está expresando un juicio basado sobre sus conocimientos técnicos-legales, sino que se está sirviendo de su natural y común percepción humana.

V. Somos consciente de que, *prima facie*, la introducción de un mayor control para los testamentos realizados por personas con discapacidad podría entenderse a expensas de su libertad. Sin embargo, consideramos que la falta de previsiones adecuadas, que aseguren que dicho otorgamiento se realice en el marco de una capacidad plena y consciente, merma aún más los derechos y libertades del discapacitado, dejándolo desamparado frente a posibles manipulaciones y distorsiones de su real voluntad, deriven estas de la mala actuación de terceros o de las consecuencias de su propia enfermedad.

A este propósito, también podría ser útil promover la planificación anticipada de la voluntad, tanto en el ámbito médico como jurídico²⁰². Fomentar el otorgamiento del testamento cuando se detecten los primeros síntomas de una enfermedad neurodegenerativa contribuiría a la protección de los derechos y deseos de los individuos afectados.

Comprendemos que nuestras consideraciones se prestan a numerosas críticas y que su aplicación práctica conllevaría una cierta complejidad administrativa (por ejemplo, en la coordinación entre el personal médico y el personal legal) así como numerosos desafíos jurídicos (piénsese a las implicaciones a nivel de responsabilidad que comportaría la intervención de un médico en el juicio de capacidad testamentaria). Sin embargo, la interacción entre el ámbito médico y el ámbito jurídico ya tiene amplio reconocimiento en nuestro ordenamiento²⁰³, y dichas dificultades no deberían de ser excusa para no implementar un sistema que garantice de manera más efectiva los derechos y libertades de las personas con discapacidad en ámbito testamentario. Cada una de las realidades de estos individuos debe recibir una tutela justa y efectiva, adaptada a sus particularidades y que sea a 360 grados, esto es, también con relación al momento de otorgar testamento.

El legislador de la Ley 8/2021 ha hecho un admirable esfuerzo en diseñar un régimen jurídico digno y respetuoso de las personas con discapacidad, y con el mismo cuidado, en nuestra opinión, debería de acabar de disciplinar aspectos tan importantes de la vida de estas personas como su capacidad cognitiva a la hora de testar. Misión, esta, que consideramos tanto delicada cuanto necesaria.

202 En este sentido, cfr. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL: “Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023”, *Gobierno de España*, 2019. Recuperado de https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/Plan_Integral_Alzheimer_Octubre_2019.pdf, pp.66 y ss.

203 Mismamente, en el ámbito de las personas con discapacidad, un ejemplo de dicha interacción es dado, a nuestro modo de ver, por la Ley 41/2003 y la Ley 39/2006.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L., y SÁNCHEZ LERÍA, R.: “El testamento”, AA.VV., *Derecho de sucesiones*, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (ed.), 4ª edición, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.51-84.
- ÁLVARO, L. C.: “Competencia: conceptos generales y aplicación en la demencia”, *Neurología*, 27(5), El Sevier, 2012, pp. 290-300.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Reformas en derecho de sucesiones”, AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.), Tirant lo Blanch, 2022, pp.451-502.
- ALZHEIMER CATALUNYA FUNDACIÓ: “Alzhéimer, demencias y deterioro cognitivo leve. Similitudes y diferencias”, *Alzheimer Catalunya Fundació*, 2021. Recuperado de <https://alzheimercatalunya.org/es/pindola-de-coneixement-alzheimer-demencies-i-deteriorament-cognitiu-lleu-similituds-i-diferencies/>.
- ALZHEIMER’S ASSOCIATION: “Comprendiendo el Alzheimer y la demencia”, *TS-0069-S*, 2022.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil”, ESTELLÉS PERALTA, P. M. (dir.): *Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil Español*, Tirant Lo Blanch, 2022, pp.412-469.
- ARÉVALO CABALLERO, W.: “Excepciones a la incapacidad de obrar del ‘impuber’ y del ‘minor sui iuris’ y su recepción en derecho español”, *Revista internacional de derecho romano*, Abril - 2011.
- ARÉVALO RODRÍGUEZ, I.: *Demencia asociada a enfermedad de Alzheimer y otras demencias: evidencias diagnósticas*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Código Civil: Proyecto de 1851*, Universidad de Murcia, s. f. Recuperado de: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>.
- BADENAS CAPRIO J. M., y CLEMENTE MEORO, M. E.: “El derecho de sucesiones. Marco teórico y jurisprudencial”, AA.VV.: *Derecho de sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2023, pp.28 -138.
- BARÓN RUBIO, M.: *Alzhéimer y otras demencias: una guía para la familia y los cuidadores*, Organización de consumidores y usuarios, 1ª ed., ECOE Ediciones, 2022.
- BECHARA, A.: “Neural Basis of Decision-Making and Implications for Older Adults. The Center for Decision Neuroscience Institute for the Neurological Study of Emotion, Decision-Making, and Creativity University of Southern California”, *The National Academic Press*, 2006.
- BLASCO GASCÓ, F. del P.: *Instituciones de Derecho Civil Derecho de Sucesiones*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, 2021.
- CALAZA LÓPEZ, S.: “La prueba: concepto, caracteres, regulación, carga y valoración”, AA.VV., *Derecho procesal civil – parte general*, CALAZA LÓPEZ, S. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, 2024, pp.357-374.

CAÑABATE GONZÁLEZ, M. del P.: *La demencia senil, el Alzheimer y el demente*, Universitat de Barcelona, 2014.

CLARK, L.: "The contributions of lesions laterality and lesion volume to decision-making impairment following frontal lobe damage", *Neuropsychologia*, 41, 2003, pp.1474-1483.

COMUNIDAD DE MADRID: "Demencia", *Comunidad de Madrid*, (s.f.). Recuperado de <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/demencia>.

COSTAS RODAL, L.: *Autonomía y apoyo de la persona con discapacidad en el ámbito sucesorio tras la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, 2024.

CUNHA, I. L. de O. M.: "Tecnologías Asistivas Para Pacientes Ancianos Con Demencia: Perspectivas Desde La Bioética de Los Cuidados En Salud", *Salud Colectiva*, vol. 19, 2023.

DE LA VEGA, R. y ZAMBRANO, A.: "La capacidad para tomar decisiones, alterada desde los primeros estadios del alzhéimer", *Circunvalación del Hipocampo*, 2005. Recuperado de <https://www.hipocampo.org/articulos/articulo0230.asp>.

DIÉZ GARCÍA, H.: "La impugnación del testamento otorgado por persona que no puede testar ex art. 663.2º cc (entre la tutela a la libertad de testar y la expectativa a heredar)", *Derecho Privado y Constitución*, 41, 2022, pp.345-387.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio", AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.), Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp. 521-555.

HERMANAS HOSPITALARIAS AITA MENNI: *¿Una persona con deterioro cerebral puede tomar decisiones sobre su salud y su patrimonio?*, 2018. Recuperado de <https://www.aita-menni.org/es/una-persona-con-deterioro-cerebral-puede-tomar-decisiones-sobre-su-salud-y-su-patrimonio/>.

ICAB (Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona): "Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", (s. f.). Recuperado de <https://www.icab.es/es/actualidad/noticias/noticia/Ley-8-2021-de-2-de-junio-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica/>

ICAM (Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid): "Cuadro comparativo de la Ley 8/2021 sobre discapacidad", 2021. Recuperado de <https://web.icam.es/wp-content/uploads/2021/06/cuadro-COMPARATIVO-Ley-Discapacidad.pdf>

IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Ariel, 1992, p.599.

INSTITUCIÓ IBARS: "Alzheimer vs. demencia: comprendiendo las diferencias", *Institució IBARS*, (s.f.). Recuperado de: <https://www.institucioibars.com/alzheimer-vs-demencia-comprendiendo-las-diferencias/>

INTEGRAMEDICA: "¿Cuál es la diferencia entre Alzheimer y demencia senil?", 2024. Recuperado de: <https://www.integramedica.cl/blog/cuida-tu-salud/enfermedades-y-tratamientos/cual-es-la-diferencia-entre-alzheimer-y-demencia-senil>.

IZQUIERDO TOLSADA, M. (coord.): *Comentarios a las sentencias de unificación civil y mercantil*, vol. 10 (2018), Dykinson, Madrid, 2019.

LESCER: “¿Qué diferencia hay entre demencia y Alzheimer?”, *Lescer*, 2024. Recuperado de <https://www.lescer.es/actualidad/diferencias-entre-alzheimer-y-demencia/>-

MALM MORGAN, M. R. (dir.): “El proceso cognitivo de la toma de decisiones en la enfermedad de Alzheimer”, *Psicodebate*, 14 (1), 2014, pp.9-32.

MARTÍNEZ DEL PRADO, C.G.: *Estudio sobre la influencia del aprendizaje cooperativo en el desarrollo competencial de los estudiantes*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014.

MARTÍNEZ, D., ARBOLEDA RAMÍREZ, A., GAVIRIA GÓMEZ, A. M., & MONTOYA ARENAS, D. A.: “Revisión de la literatura científica sobre la toma de decisiones bajo riesgo o ambigüedad en pacientes con enfermedades neurodegenerativas”, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, Fundación Universitaria Católica del Norte, núm. 69, 2023, pp. 244-275.

MEDLINEPLUS: “Demencia”, *National Library of Medicine* (Unites States Government), (s.f.). Recuperado de <https://medlineplus.gov/spanish/dementia.html>.

MIGUEL ALHAMBRA, L.: “Demencia y capacidad para testar. A propósito de una sentencia”, *El Notario del Siglo XXI*, n.º 59, (Enero – Febrero), 2015.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL: “Plan Integral de Alzheimer y otras demencias 2019-2023”, *Gobierno de España*, 2019. Recuperado de https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/Plan_Integral_Alzheimer_Octubre_2019.pdf.

MONJE BALMASEDA, O.: “La capacidad para disponer por testamento y las personas con discapacidad, después de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, AA.VV., *Retos jurídico-sociales para la inclusión de las personas con discapacidad*, SERRANO ARGÜESO, M. (coord.), Tirant Lo Blanch, 2024, pp.107-148.

NAVARRO RODRÍGUEZ, S.: “Diez reflexiones sobre testamento, terminalidad y deterioro cognitivo tras el cambio de paradigma de la Ley de discapacidad”, *Diario La Ley*, N.º 10355, 2023.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Colegio Notariales de España, 2ª edición, 2006.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones común - Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, 2020.

RODRÍGUEZ GUITÁN, A. M.: “De la capacidad para disponer por testamento”. En Cañizares Laso, A., *Comentario al Código Civil 5 Tomos*, Tirant Lo Blanch, 2023, pp.3247-3275.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pp. 385-428.

SIMÓN-LORDA, P.: “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(2), 2008, pp. 327-350.

SUÁREZ XAVIER, P. R.: “Justicia predictiva y segunda instancia: sobre la posibilidad de la apreciación de la prueba por una IA”, AA.VV., *Más allá de la justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, SÁNCHEZ RUBIO, A. (dir.), Tirant Lo Blanch, 2024, pp.215-228.

VALLS I XUFRÉ, J. M.: “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.), Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2022, pp.85-155.

VITALASTUR: “Diferencia entre demencia y Alzheimer”, *Vitalastur*, 2021. Recuperado de <https://www.vitalastur.com/diferencia-entre-demencia-y-alzheimer/>

ANEXO LEGISLATIVO

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1862, p.1. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1))

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp.249-259, ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1))

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728 (154 págs.), ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp.40852-40863, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41>

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142-44156, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132 de 3 de junio de 2021, pp. 67789-67856, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 131/1928 de 25 de octubre de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:688).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 289/2008 de 26 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2218)
- España. Audiencia Provincial de Navarra. Sentencia núm. 115/2009 de 18 de junio 2009 (ECLI:ES:APNA:2009:832).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 517/2009 de 29 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:11015).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 20/2015 de 22 de enero de 2015 (ECLI:ECLI:ES:TS:2015:195).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 386/2015 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3164).

- España. Audiencia Provincial de Murcia. Sentencia núm. 475/2015 de 10 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:1884).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 243/2016 de 8 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1627).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 461/2016, de 7 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3123).
- España. Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia núm. 345/2016 de 3 de octubre de 2016 (ECLI:ES:APZ:2016:1863).
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 174/2017 de 31 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3990).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 338/2017 de 12 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APC:2017:2839).
- España. Tribunal Supremo (Pleno). Sentencia núm. 146/2018 de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:936).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 144/2018 de 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APC:2018:820).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 184/2019 de 12 de abril de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:9381).
- España. Audiencia Provincial de A Coruña. Sentencia núm. 346/2019 de 23 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:2244).
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 162/2020 de 16 de abril de 2020 (ECLI:ES:APV:2020:1424).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 96/2021 de 29 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:4129).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 269/2021 de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1894).
- España. Audiencia Provincial de Ourense. Sentencia núm. 496/2021 de 4 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:723).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 97/2022 de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:2343).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 100/2022 de 22 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APM:2022:2168).
- España. Audiencia Provincial de Lugo. Sentencia núm. 323/2022 9 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APLU:2022:503).
- España. Audiencia Provincial de Almería. Sentencia núm. 1042/2022 de 13 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APAL:2022:897).
- España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 72/2023 de 15 de febrero de 2023 (ECLI:ES:APV:2023:271).
- España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 188/2023 de 24 de abril de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:5330).

- España. Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia núm. 395/2023 de 28 de abril de 2023 (ECLI:ES:APCO:2023:319)
- España. Audiencia Provincial de Lugo. Sentencia núm. 131/2024 de 18 de marzo de 2024 (ECLI: ES:APLU:2024:222).
- España. Audiencia Provincial de Segovia. Sentencia núm. 133/2024 de 22 de abril de 2024 (ECLI:ES:APSG:2024:178).
- España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 217/2024 de 13 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:6735).
- España. Audiencia Provincial de Les Illes Balears. Sentencia núm. 488/2024 de 26 de septiembre (ECLI:ES:APIB:2024:2413).
- España. Audiencia Provincial de Valladolid. Sentencia núm. 639/2024 de 7 de octubre de 2024 (ECLI:ES:APVA:2024:1711).

comentarios de
JURISPRUDENCIA



INICIO DEL DEVENGO DE INTERESES DE DEMORA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. REFERENCIA A LA STS 78/2025, DE 27 DE ENERO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

FERNANDO CARLOS MOLINA COAGUILA

ABOGADO. ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA.

Resumen: El presente trabajo analiza la reciente sentencia 78/2025, de 27 de enero (Recurso núm. 1289/2023), en la que el Tribunal Supremo, a partir de un caso concreto, en el que se produce la continuación de la prestación de servicios por parte de la empresa contratista luego de haber expirado el contrato de adjudicación, se pronuncia sobre la situación jurídica de estos servicios y la normativa que le es aplicable, para finalmente establecer el día inicial para el cómputo de los intereses de demora; todo esto, además, en relación con una sentencia emitida por el propio Tribunal en el año 2020, en la cual si bien establece el día inicial para el cómputo tomando como referencia un acontecimiento distinto, aclara que no son los mismos supuestos, resaltando las particularidades esenciales que se presentan en este caso, que lo hacen diferente.

Abstract: This paper analyses the recent judgment 78/2025, dated January 27 (Appeal No. 1289/2023), in which the Supreme Court, based on a specific case where the contractor continued providing services after the award contract had expired, addresses the legal status of these services and the applicable regulations. The Court ultimately establishes the starting point for calculating late payment interest. This is considered in relation to a judgment issued by the same Court in 2020, which, while establishing a different starting point for calculating interest based on a different event, clarifies that the circumstances are not identical, highlighting the essential differences in the current case.

Palabras clave: Contratación pública, contrato de servicios, extinción, continuación del servicio, buena fe, conformidad, presentación de facturas, pago del precio, intereses de demora.

Keywords: Public procurement, service contract, termination, continuity of service, good faith, compliance, invoice submission, payment of price, late payment interest.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y CONTINUIDAD DEL SERVICIO EN EL CASO CONCRETO III. CONTROVERSIA SOBRE EL DEVENGO DE LOS INTERESES DE DEMORA IV. DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN V. RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA VI. RESPUESTA A LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL VII. REFERENCIA A LA STS 605/2020, DE 28 DE MAYO VIII. COMENTARIO FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La morosidad de las Administraciones públicas es un problema de larga data que afecta directamente ya no sólo a las empresas contratistas, sino también a la propia Administración, sobre quien recae la obligación de pagar los intereses por la demora. Su erradicación, sin duda, continúa siendo -a día de hoy- un desafío pendiente, pues pese que se han establecido diversos mecanismos con este fin, tanto en la normativa nacional como en la europea¹, tal parece que estos no han sido suficientes, así, según el último reporte del periodo medio de pago (PMP) a proveedores publicado por el Ministerio de Hacienda, actualmente, existen muchos ayuntamientos que vienen efectuando los pagos más allá de los 30 días desde la presentación de la factura o conformidad del servicio, como establece la Ley, dentro de los cuales se encuentran algunos de Galicia y otros con mayor atraso a nivel nacional².

El supuesto de hecho que da origen a la sentencia analizada refleja una práctica muy común a nivel de los entes locales (ayuntamientos), los cuales, cuando por diversas circunstancias no llegan a completar el proceso de adjudicación, recurren a las empresas que vienen prestando el servicio al efecto de requerirles continuar con la prestación aún después de haberse producido la extinción del contrato, provocando que las facturas por estos servicios sean objeto de reparo por parte del órgano interventor de la entidad, que -evidentemente- no estará de acuerdo con que se proceda al pago.

1 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; entre otras.

2 Según el reporte de febrero de 2025 publicado por el Ministerio en Hacienda, en Galicia, el Ayuntamiento de Ourense aparece con un periodo medio de pago de 99,39 días y el Ayuntamiento de Santiago de Compostela con 58,31 días. Y, a nivel nacional, los ayuntamientos que aparecen con los más altos periodos son: Jaén (245,40 días), Telde (195,00 días) y Badalona (186,69 días).

https://serviciostelematicosexthacienda.gob.es/SGCIEF/PMP_NET/asp/consulta/consulta.aspx?tipoPublicacion=2.

Ahora, cierto es que, nuestro sistema jurídico no ampara el abuso del derecho y además proscribe el enriquecimiento injusto, en ese sentido, se deberá encontrar una solución a este problema para que se proceda al pago por estos servicios, además, con la obligación de abonar los correspondientes intereses de demora cuando se produzca un retraso injustificado, situación sobre la que el Tribunal Supremo ha venido a pronunciarse en la sentencia que se reseña.

II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y CONTINUIDAD DEL SERVICIO EN EL CASO CONCRETO

La litis en este caso proviene de la prestación de servicios de limpieza en diversos centros del Principado de Asturias por parte de una empresa contratista a la que se le había adjudicado el contrato de servicios y extinguido éste, continuó con dicha prestación a solicitud de la Administración. Así, tras la finalización de los servicios, se emitieron las correspondientes facturas, las cuales no fueron abonadas por la Administración, motivo por el cual, la contratista efectuó una reclamación solicitando el pago del importe de la deuda principal como consecuencia de los servicios prestados, los intereses de demora, así como los costes de cobro más el interés legal desde su reclamación.

A este respecto, transcurrido el plazo para resolver dicha reclamación sin que la Administración lo haya hecho, el contratista entendió desestimado su pedido por silencio administrativo; por lo que, acudió a la vía judicial, al efecto que se ordene el pago del principal, los intereses de demora y los costes de cobro.

III. CONTROVERSIA SOBRE EL DEVENGO DE LOS INTERESES DE DEMORA

Previamente, es importante saber que en este caso no hubo discusión sobre la deuda principal reclamada, ya que la Administración reconoció el no pago y no hizo objeción alguna respecto a la cantidad, así como tampoco respecto a los costes de cobro; por lo que, la controversia se circunscribió a determinar el inicio de cómputo de los intereses de demora, cuestión que reviste interés casacional, por la que se admitió el recurso.

Sobre el particular, el Principado de Asturias se opuso a la liquidación de intereses sosteniendo que es inaplicable al caso analizado el art. 216.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, RDL 3/2011), actual art. 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por considerar que, primero, la prestación del servicio objeto de controversia no traen causa en un contrato válidamente celebrado y fiscalizado y, en segundo lugar, que la reclamación del pago se formuló cuando el gasto aún no había sido convalidado.

La Administración amparó su alegación en un pronunciamiento del Alto Tribunal que había resuelto un caso similar en el año 2020, sentencia 605/2020, de 28 de mayo (Rec. 5223/2018), en la que establecía como referencia para el cómputo de devengo de intereses la convalidación del gasto.

Asimismo, consideró que dado el “origen extracontractual” de los servicios prestados, las cantidades reclamadas no podían enmarcarse en la legislación de contratos del sector público; sin embargo, no excluía la posibilidad del deber de pago de intereses, argumento con el cual pretendía además alejar la posibilidad de una condena al pago de los intereses en los términos de la normativa en contratación pública³, más beneficiosos para el contratista, en contraste con el interés legal del dinero establecido en el ámbito civil.

Por su parte, la empresa contratista, contrario a lo manifestado por la Administración, sostuvo que los servicios prestados, considerando las circunstancias del caso, tienen origen contractual y que por tanto son susceptibles de generar intereses, asimismo, reseña el art. 216.4 del RDL 3/2011 (actual art. 198.4 de la LCSP) indicando que estos preceptos se refieren al derecho del contratista al cobro de los intereses de demora si la Administración se retrasa en el cumplimiento de su obligación de abonar el precio, siempre que el contratista haya cumplido su obligación de presentar la factura en tiempo y forma.

IV. DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

El Alto Tribunal ha fallado declarando no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Principado de Asturias contra la sentencia 929/2022, de 22 de noviembre, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en la cual se acordó estimar el recurso contencioso administrativo presentado por la empresa contratista *“reconociendo, por una parte, el derecho de la empresa recurrente al pago de la deuda principal más los intereses de demora y, por otra parte, los costes de cobro más el interés legal desde su reclamación”*.

V. RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

En respuesta a lo alegado por el Principado de Asturias, en el sentido que los servicios realizados se encontraron fuera del marco contractual, el Alto Tribunal, destacando el planteamiento efectuado por empresa demandante, refiere que *“el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno, no puede resultar perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el servicio sin protesta o reserva alguna; y que en tales casos debe considerarse que la realización de aquellos servicios tiene origen contractual”*.

Es decir, contrario a lo alegado por la Administración, el Tribunal rechaza la tesis de que la continuidad en la prestación de servicios tenga origen extracontractual, que situaba a la empresa contratista en un escenario de incertidumbre respecto a la situación jurídica de los servicios que de buena fe continuó prestado, además por requerimiento de la Administración.

3 Según establecía el artículo el art. 216.4 del RDL 3/2011 (actual art. 198.4 de la LCSP), en remisión a la Ley 3/2004, la tasa aplicable al interés de demora se obtiene en función del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo más ocho puntos porcentuales -art. 7.2 de esta última norma-.

En esta parte, no hay que perder de vista que, si bien la consideración de “origen contractual” indicada en la sentencia constituye una calificación garantista para la empresa prestadora del servicio, lo es a efectos del retraso en el pago de facturas por parte de la Administración y el devengo de intereses, que es el asunto sobre el que se expresa la sentencia.

Así, conviene aclarar que una aplicación, sin más, de los propios términos del contrato originario, en toda su extensión y sus efectos, a la prestación del servicio una vez extinguido el contrato, podría provocar, en ciertos casos, una situación muy injusta -si cabe el término- para el contratista; por cuanto, tendría que aplicarse también el principio de *riesgo y ventura*, con las eventuales consecuencias que podrían repercutir negativamente en su economía. Respecto a este principio, hay quienes entienden que “*no resulta aplicable cuando el contratista continúa realizando las prestaciones una vez concluido el plazo fijado en el contrato*”⁴ y tesis de las cuales se desprende lo contrario, como de algunos pronunciamientos emitidos por Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁵; en todo caso, deberá estarse a las particularidades de cada caso en concreto.

Hecha esa aclaración, en la sentencia analizada, el Alto Tribunal, al interpretar que la realización de dichos servicios -prestados con posterioridad a la extinción del contrato- tiene origen contractual, nos conduce a la aplicación de lo dispuesto en la legislación en materia de contratación pública en lo concerniente al pago del precio e intereses de demora, a la cual, en efecto, se remite posteriormente al considerar aplicable al supuesto de hecho el art. 216.4 del RDL 3/2011 (actual art. 198.4 de la LCSP).

Según dicho precepto:

“4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados [...] y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004”.

Asimismo:

“la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio”.

4 CANO CAMPOS, T. “Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible”: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, consultado en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/11184/12515>.

5 A propósito de la situación de pandemia provocada por la Covid19 que llevó a muchas Administraciones públicas a acordar la prórroga forzosa de sus contratos de adjudicación, asumida por los contratistas al tener ésta el carácter de obligatoria; el Tribunal Superior Justicia de Galicia sostuvo en la sentencia 374/2022, de 28 de octubre (Rec. 7112/2022), que correspondía continuar con la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista; postura que fue reafirmada posteriormente en la sentencia 130/2023, de 21 de abril (Rec. 7053/2023), si bien con voto particular del magistrado D. Luís Villares Naveira.

Como se puede advertir, esta norma establece un plazo de treinta días para aprobar la certificación de obra o la conformidad del servicio y otro plazo de treinta días para abonar el precio, en total sesenta; así como la obligación de pagar intereses si demorase el pago, por el simple transcurso del plazo; intereses que además habrán de ser calculados conforme al art. 7 de la Ley 4/2011, que establece una tasa que toma como referencia la fijada por el Banco Central Europeo más ocho puntos porcentuales.

Desde luego, también cabe la posibilidad que la factura sea rechazada si no se ha cumplido con los términos del contrato o no ha sido debidamente presentada, en cuyo caso no procederá el abono del precio ni el pago de intereses.

En suma, siendo que se reconoce que la continuación de los servicios, luego de haberse extinguido el contrato, tiene origen contractual, se entiende que a la reclamación del pago de intereses de demora corresponde aplicar la normativa de contratación pública en relación con este asunto, es decir, el art. 216.4 del RDL 3/2011 (actual art. 198.4 de la LCSP).

Finalmente, tampoco hay que perder de vista que el razonamiento que expresa la sentencia sobre este punto, además, establece la concurrencia de otros presupuestos como son: La buena fe del contratista y que el servicio se continúe prestando a petición de la Administración. A su vez, el Tribunal destaca que la Administración tiene que haber recibido el servicio sin efectuar ninguna reserva o protesta alguna, así, se sobre entiende que, en el caso que se haya efectuado alguna, las consecuencias no serían las mismas que las que se producen en este caso.

Por otro lado, ya en lo concerniente a la determinación del día inicial para el devengo de los intereses de demora, el Alto Tribunal, en alusión a su reciente pronunciamiento contenido en la sentencia núm. 1880/2024, de 26 de noviembre, que sigue la línea jurisprudencial adoptada sobre la determinación del *dies aquo* del devengo de intereses moratorios en los contratos públicos⁶, en referencia a lo establecido en el art. 216.4 de la RDL 3/2011 (hoy art. 198.4 de la LCSP), señala que *“con la presentación de la factura ante la Administración contratante se inicia el plazo de treinta días de comprobación y aprobación; y si transcurren treinta días sin efectuar el pago, incurre en mora y se inicia el devengo de los intereses”*.

Conviene precisar que, si bien puede parecer que solo se hace referencia a un plazo de treinta días, lo cierto es que tal como se indica en aquella sentencia, el devengo de intereses se inicia transcurridos treinta días después de expedida la certificación (de obra en aquel caso); es decir, se aplica el plazo establecido en el art. 216.4 del RDL 3/2011, que fija treinta días para la certificación o conformidad más treinta para el pago, en total sesenta días, plazo que, a propósito de lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tendría que ser aplicado de forma excepcional y no con carácter general⁷, como viene siendo aplicado en la actualidad.

6 Se citan las sentencias de 19 de octubre de 2020 (RC 7382/2018 y RC 2258/2019).

7 Sobre el particular, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 20 de octubre de 2022 (BFF Finance Iberia S. A. U. / Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León), indicó que *“la aplicación a las operaciones comerciales*

Ahora bien, el Principado de Asturias subordinaba el abono de intereses a la convalidación formal del gasto (por estar los servicios fuera de contrato), que en este caso no había sido emitida. Este argumento, a la luz de la secuencia de hechos, en los que intervenía una empresa contratista -de buena fe- que continuó prestando los servicios, además por requerimiento de la Administración, que recibió el servicio sin protesta alguna y sin que se haya modificado el contrato, resultaba difícilmente admisible, tanto más que dicha condicionante, al constituir un acto unilateral de la Administración, podría generar un retraso injustificado en el devengo de los intereses de demora.

Surge aquí un mecanismo de lucha contra la morosidad, en el ámbito de la contratación pública, que protege al contratista frente a la renuencia al pago por parte de la Administración que se ha visto beneficiada con un servicio debidamente prestado, por el que no se subordina el devengo de intereses a la certificación de la obra o conformidad del servicio (ni a la convalidación del gasto), sino más bien ordena su cómputo con el solo transcurso del plazo para efectuar el pago del precio, como lo prevé el art. 198.4 de la LCSP.

En ese sentido, el Alto Tribunal refirió que el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio no puede resultar perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el mismo sin protesta o reserva alguna y, remitiéndose a la precitada sentencia nº 1880/2024, señaló que *“no resulta admisible fijar el diez a quo al margen del transcurso de los citados plazos”*, refiriéndose al ya mencionado art. 198.4 de la LCSP.

Siendo esto así, el Tribunal resuelve la cuestión concerniente al día inicial del devengo de los intereses de demora indicando que el cómputo se inicia una vez transcurridos treinta días desde que se formuló la reclamación.

Cabe anotar que, en el caso que estamos abordando, el Principado de Asturias no había procedido al pago pese a que las facturas fueron efectivamente presentadas y que, si bien se desconoce la fecha en que se produjo dicha presentación, no hay controversia a este respecto, luego, de lo que sí hay constancia es que el pago de todas ellas fue objeto de reclamación por la contratista, en forma conjunta y en un solo importe, frente a la cual la Administración no había emitido respuesta, a partir de lo cual se promovió el procedimiento judicial.

VI. RESPUESTA A LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

El Tribunal, dando respuesta a la cuestión de interés casacional, declara que:

“En el ámbito de la contratación pública, el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del con-

entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a determinados supuestos bien definidos”; esto a raíz de una cuestión prejudicial que, en síntesis, consistía en determinar si lo establecido en el art. 4, apartados 3 a 6 de la Directiva 2011/7/UE, se opone a una ley nacional que establece el plazo para el pago en 60 días, compuesto por un periodo inicial de 30 días para la aceptación o comprobación y otro adicional, también de 30 días, para el pago.

trato y sin modificado alguno, no puede resultar perjudicado económicamente cuando la Administración contratante recibe el servicio sin protesta o reserva alguna, debiendo considerarse que la realización de aquellos servicios tiene origen contractual. En consecuencia, a efectos de devengo de intereses de demora, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 216.4 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (actual artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) y demás preceptos concordantes de la normativa reguladora de la contratación administrativa. Y, no existiendo controversia en cuanto a que las facturas fueron efectivamente presentadas, el cómputo de los intereses de demora se inicia por el transcurso de treinta días desde que se formula la reclamación sin que la Administración haya procedido al pago del principal”.

Este pronunciamiento del Tribunal es sumamente relevante por cuanto además de resolver una situación concreta de una problemática real y actual en la contratación pública, pasa a formar parte de la doctrina jurisprudencial, en los términos del art. 1.6 del Código Civil, toda vez que dicho criterio fue repetido en la sentencia núm. 85/2025, de 28 de enero (Recurso núm. 531/2023) que resolvió un caso similar en un proceso también seguido contra el Principado de Asturias.

En conclusión, entiende que la continuación de la prestación del servicio en las circunstancias anotadas, luego de quedar extinguido el contrato, tiene origen contractual; por lo tanto, según la sentencia, a los efectos del devengo de los intereses de demora, le es aplicable el art. 216.4 de la Ley 3/2011 (actual art. 198.4 de la LCSP). Asimismo, que en ese supuesto corresponde iniciar el cómputo de intereses de demora después del transcurso de treinta días desde la presentación de la reclamación sin que la Administración haya procedido al pago del principal.

VII. REFERENCIA A LA STS 605/2020, DE 28 DE MAYO

En dicha sentencia, el Alto Tribunal refirió que *“el día inicial para el cómputo de los intereses de demora en los supuestos de prestaciones realizadas a solicitud de la Administración una vez finalizada la duración del contrato de servicios, es el siguiente al transcurso de los treinta días a que se refiere el artículo 216.4 [...], a contar desde el siguiente a la convalidación del gasto”*; es decir, se interpretó que el cómputo de los intereses de demora se inicia a los treinta días desde la convalidación del gasto.

Respecto dicha cuestión, el Tribunal puntualiza que el caso que ahora estudiamos es distinto al de la sentencia 605/2020, por cuanto en él se no se había producido la secuencia de continuidad sin modificación del contrato, sino más bien, se convinieron nuevas condiciones, que, revisada la sentencia, en efecto, se advierte que hubo negociación entre la empresa contratista y la Administración (comunidad de Madrid) a partir de la cual se fijó un nuevo precio por el servicio, distinto al que se venía pagando.

A diferencia de la sentencia que ahora analizamos, la de 2020 no expresa que estos servicios fueran de origen contractual; no obstante, si bien el Tribunal entendió que habían sido prestados al margen de los causes legales del procedimiento de contratación,

pasan a tener protección con la convalidación de las actuaciones, en esa línea, refirió que *“no hay infracción del artículo 216.4 del texto refundido sino una aplicación correcta del mismo, una vez que se han sanado las carencias con las que nació la relación mantenida entre la recurrente y la Comunidad de Madrid”*.

La gran diferencia es que en el caso que estamos analizando, los servicios continuaron siendo prestados sin modificación contractual alguna, se sobreentiende que en la misma forma y bajo el mismo precio, resaltando además que la Administración recibió el servicio sin protesta ni reserva alguna, de ahí que se considera a estos servicios como de origen contractual, no siendo necesaria entonces la convalidación del gasto para alcanzar la protección del art. 216.4 del RDL 3/2011, actual art. 198.4 de la LCSP, con la aplicación de los plazos y el devengo de intereses, por falta de pago del principal.

VIII. COMENTARIO FINAL

Más allá de la cuestión litigiosa, el establecimiento del día inicial para el devengo de intereses de demora, la sentencia analizada evidencia una problemática ínsita en la contratación pública actual, que es la existencia de servicios prestados por empresas contratistas con posterioridad a la extinción del contrato de adjudicación, lo cual además de desvelar la inadecuada planificación de la actividad contractual en los entes estatales; en cuanto al retraso en el pago del precio y el devengo de intereses, se genera un riesgo potencial con efectos negativos no sólo para la situación económica de los contratistas, sino también para la Administración.

Frente a ello, el valioso aporte dado en esta sentencia por el Tribunal Supremo, si bien llega en forma de remedio, trae consigo una solución por la cual el contratista que de buena fe continúa prestando un servicio, a petición de la Administración, una vez expirada la duración del contrato y sin modificado alguno, pueda considerar que la realización dichos servicios tiene origen contractual, a los efectos de la aplicación del art. 198.4 de la LCSP, que establece el plazo para proceder al pago del precio y la obligación de abonar intereses de demora ante su incumplimiento.

En cuanto al inicio del devengo de los intereses de demora, hay que tener en cuenta que, en estos supuestos, cuando se haya extinguido el contrato y continúe la prestación del servicio, el cómputo se inicia por el transcurso de treinta días desde que se formula la reclamación sin que la Administración haya procedido al pago del principal.



LA CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

JULIO REGUEIRO DELGADO

ABOGADO E INVESTIGADOR DOCTORAL UDC¹

Resumen: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español, mediante el artículo 31 bis del Código Penal —incorporado por la LO 5/2010 y reforzado por la LO 1/2015— representó un cambio de paradigma en un sistema tradicionalmente basado en el principio *societas delinquere non potest*. En este artículo ofrezco un análisis doctrinal apoyado exclusivamente en la jurisprudencia española, en particular la del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, así como en la legislación vigente. Se examina la evolución jurisprudencial del concepto de culpabilidad en las personas jurídicas, centrando la atención en la interpretación judicial del artículo 31 bis del Código Penal.

En especial, analizo los siguientes aspectos: el criterio de imputación de culpabilidad como defecto de organización interna; la distribución de la carga de la prueba en estos casos, considerando el papel de los programas de cumplimiento y la eficacia eximente de modelos de organización y gestión adecuados; la compatibilidad de esta doctrina con el derecho a la presunción de inocencia de las personas jurídicas; y la distinción entre responsabilidad objetiva y reprochabilidad penal en el contexto de los entes colectivos.

Desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinal, se expone cómo el Tribunal Supremo ha desarrollado progresivamente una doctrina que exige, para la responsabilidad penal de la persona jurídica, la constatación de una culpabilidad propia. Esta no se entiende como intención subjetiva, propia de las personas físicas, sino como una carencia de controles adecuados dentro de

¹ Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP).

la organización que haya permitido la comisión del delito. Asimismo, se examinan los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que consolidan un enfoque garantista, reafirmando la vigencia del principio de culpabilidad y la prohibición de la responsabilidad objetiva incluso en el ámbito penal de las personas jurídicas.

Abstract: The introduction of corporate criminal liability into the Spanish legal system through Article 31 bis of the Criminal Code—added by Organic Law 5/2010 and reinforced by Organic Law 1/2015—marked a paradigm shift in a system traditionally governed by the principle “*societas delinquere non potest*”. This article provides a doctrinal analysis based exclusively on Spanish case law, particularly rulings from the Supreme Court and the Constitutional Court, as well as current legislation. It explores the jurisprudential evolution of the concept of corporate culpability, focusing on how courts have interpreted Article 31 bis of the Criminal Code.

Specifically, it examines: the attribution of culpability through organizational failure; the allocation of the burden of proof in such cases, including the role of compliance programs and the exonerating effectiveness of appropriate organizational and management models; the compatibility of this doctrine with the presumption of innocence for legal entities; and the essential distinction between strict liability and penal blameworthiness in the context of collective entities.

From both doctrinal and jurisprudential perspectives, the article outlines how the Supreme Court has progressively built a doctrine requiring corporate criminal liability to be based on a distinct form of culpability—not psychological intent, which pertains solely to natural persons, but rather a lack of adequate internal controls within the organization that enabled the offense. It also reviews decisions from the Constitutional Court that reinforce a protective framework, affirming the applicability of the principle of culpability and the prohibition of strict liability even in corporate criminal law.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Artículo 31 bis del Código Penal, Culpabilidad corporativa, Defecto de organización, Carga de la prueba, Programas de cumplimiento, Modelos de organización y gestión, Presunción de inocencia, Prohibición de responsabilidad objetiva, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Principio de culpabilidad, Enfoque garantista, Derecho penal empresarial, Entes colectivos.

Keywords: Corporate criminal liability, Article 31 bis of the Criminal Code, Corporate culpability, Organizational failure, Burden of proof, Compliance programs, Organizational and management models, Presumption of innocence, Prohibition of strict liability, Supreme Court jurisprudence, Constitutional Court jurisprudence, Principle of culpability, Rights-based approach, corporate criminal law, Collective entities.

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL. II. LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA COMO DEFECTO DE ORGANIZACIÓN. III. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. IV. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA. V. REPROCHABILIDAD PENAL VS. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LAS ENTIDADES COLECTIVAS. VI. SÍNTESIS. BIBLIOGRAFÍA JURISPRUDENCIAL.

I. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Antecedentes normativos: Antes de 2010, la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas no existía en España; sólo se contemplaban consecuencias accesorias o medidas aplicables a entes colectivos (v.gr., art. 129 CP sobre clausura de locales, disolución de sociedades, etc., como consecuencias jurídicas de ciertos delitos cometidos por personas físicas en el seno de aquellas). La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 introdujo el artículo 31 bis en el Código Penal, estableciendo por primera vez que *“las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por quienes estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o que ostenten facultades de organización y control dentro de la misma”*, así como por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio de éstas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las anteriores hubieran podido realizar el hecho por no haberse ejercido sobre ellos el debido control (resumiendo los apartados 1.a] y 1.b] del art. 31 bis CP). Esta novedad legal suscitó de inmediato importantes cuestiones interpretativas: ¿en qué condiciones puede atribuirse *culpabilidad* a un ente colectivo? ¿Se trata de una forma de responsabilidad objetiva vicaria por actos de sus empleados, o exige un juicio de reproche específico a la persona jurídica? ¿Cómo encaja esta responsabilidad con principios básicos como el de culpabilidad y la presunción de inocencia?

Jurisprudencia inicial y principios rectores: Dado el escaso precedente penal, la jurisprudencia tuvo que asentar sus criterios acudiendo, en parte, a principios ya consolidados en el Derecho administrativo sancionador y en la doctrina constitucional en materia punitiva. El Tribunal Constitucional, en decisiones anteriores a la reforma, ya había dejado claro que *“toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere... certeza de los hechos imputados... y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos”*, de modo que el art. 24.2 CE *“rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba”* respecto del presupuesto fáctico de la sanción. En la emblemática STC 76/1990², el Constitucional subrayó que la presunción de inocencia se extiende no sólo a la determinación de los hechos sino también a la

2 STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8º).

culpabilidad, entendida esta (aunque empleando términos imprecisos) como nexo psicológico o intención del autor. Este principio general sentó las bases: no puede haber sanción sin culpabilidad, ni siquiera tratándose de personas jurídicas, lo que implica proscribir un régimen puramente objetivo o automático de atribución de responsabilidad.

En la esfera administrativa sancionadora, el Tribunal Supremo (Sala 3.^a, contencioso-administrativo) había desarrollado ya una doctrina importante sobre la imputación de infracciones a empresas. Por ejemplo, en materia de seguridad e higiene, llegó a afirmarse que *la empresa sancionada “responde, en tanto no se demuestre lo contrario, de todas y cada una de las anomalías”* que se produzcan en sus instalaciones o servicios, sin que ello vulnere el principio de personalidad de la sanción, dado que *“en el Derecho Administrativo las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes... sin que puedan excusarse... en la conducta”* de estos últimos. La Sala 3.^a del Tribunal Supremo³ ya reconocía en el año 1987 una forma de atribución de responsabilidad basada en una presunción *iuris tantum*: la entidad responde por los actos ilícitos cometidos en su seno salvo que acredite la debida diligencia (en otras palabras, se le presume un defecto organizativo salvo prueba en contrario). De igual modo, la jurisprudencia contenciosa resaltó que no basta que la empresa invoque haber cumplido formalmente con ciertos deberes; es necesario verificar caso por caso si concurrió un defecto de organización que fundamente la culpabilidad del infractor colectivo, no siendo lícito inferirla automáticamente del mero resultado. Así, en un caso relativo a disturbios en un recinto deportivo, el TS advirtió que *“una cosa es afirmar la competencia [del organizador] para evitar un resultado lesivo... y otra muy distinta que en el caso concreto haya concurrido un defecto organizativo que fundamente la culpabilidad del infractor, la cual requiere... ausencia de controles suficientes..., falta de utilización eficaz de los existentes..., ausencia de medios personales de vigilancia..., etc. Lo que no cabe es que el mero arrojar objetos... sea síntoma de la culpabilidad del infractor, [pues] ningún sistema de seguridad puede impedir [absolutamente]”* tales hechos. Este razonamiento evidencia la exigencia de un análisis específico de la falta de diligencia de la persona jurídica en cada caso, impidiendo sanciones objetivas por el solo acaecimiento del evento ilícito.

Tras la entrada en vigor del artículo 31 bis CP, las primeras resoluciones penales importantes del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) tardaron algunos años, pero siguieron estos principios. En 2016, la Sala Penal del TS dictó sus primeras sentencias condenatorias a personas jurídicas⁴, estableciendo criterios que confirmaron que no se trata de una responsabilidad vicaria automática, sino supeditada a la existencia de un cierto *defecto de organización* en la entidad. Aunque la persona jurídica responde por delitos cometidos en su beneficio por sus directivos o empleados, dicha atribución de responsabilidad penal exige valorar la estructura preventiva de la empresa: si la empresa había implan-

3 STS (Sala 3.^a) de 2 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 7957).

4 STS (Sala de lo Penal) n.º 154/2016, de 29 de febrero de 2016 (ponente: Perfecto Andrés), STS (Sala de lo Penal) n.º 221/2016, de 16 de marzo de 2016, STS (Sala de lo Penal) n.º 516/2016, de 13 de junio de 2016.

tado una cultura de cumplimiento y un modelo eficaz de prevención de delitos, la propia ley prevé la exención de pena. Esta idea, prevista normativamente, fue abrazada por la jurisprudencia con naturalidad, enfatizando que la persona jurídica es autora del delito *en la medida en que ha fallado en la prevención* —es decir, ha omitido controles o supervisiones que le eran exigibles dadas las circunstancias—. En palabras del Tribunal Supremo, la culpabilidad de la empresa se construye como “*culpabilidad por la organización*”, concepto que corresponde a un juicio de reproche específico a la persona jurídica por no haber actuado diligentemente en el gobierno de sus asuntos para evitar el delito.

La LO 1/2015 reforzó este esquema al detallar las condiciones de los modelos de organización y gestión eficaces cuyo cumplimiento puede eximir de responsabilidad a la persona jurídica. El art. 31 bis.5 CP (actual numeración tras la reforma) describe los requisitos de tales modelos de prevención (órganos encargados de supervisar su cumplimiento, identificación de actividades de riesgo, protocolos de formación e información, sistemas disciplinarios, etc.), ofreciendo así un parámetro legal para los tribunales. Desde entonces, las sentencias del Tribunal Supremo han ido perfilando la aplicación de estos preceptos: por ejemplo, examinando en cada caso si el programa de cumplimiento invocado por la empresa era meramente cosmético o verdaderamente eficaz y anterior al delito, o si, por el contrario, existían omisiones relevantes imputables a la organización que justifican el reproche penal a la persona jurídica.

En síntesis, la evolución jurisprudencial española ha transitado desde la negación de la responsabilidad penal de personas jurídicas a su afirmación bajo condiciones estrictas de culpabilidad. Los tribunales, con sustento en la Constitución y en la letra del Código Penal, han dejado sentado que la persona jurídica puede cometer delitos, pero sólo será penalmente responsable cuando haya faltado a sus deberes de organización y control. En las secciones siguientes profundizaré en los elementos centrales de esta doctrina: el concepto de culpabilidad por defecto de organización, la relevancia de los programas de cumplimiento, la carga probatoria de la inocencia corporativa y la garantía de la presunción de inocencia.

II. LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA COMO DEFECTO DE ORGANIZACIÓN

Uno de los aportes doctrinales y jurisprudenciales clave tras la incorporación del art. 31 bis CP es la configuración de la culpabilidad de la persona jurídica en términos de un *defecto de organización*. Dado que una persona jurídica carece de mente o voluntad propia, su reproche penal no puede basarse en la concurrencia de dolo o imprudencia en sentido estricto (propios de la culpabilidad de una persona física). En lugar de ello, la culpabilidad del ente colectivo se concibe como el juicio de reproche por no haber establecido las estructuras, controles y culturas de cumplimiento adecuados para prevenir la comisión de delitos en su seno. En otras palabras, se le reprocha a la organización no haber actuado “como debía” en el plano organizativo para evitar el hecho delictivo.

La jurisprudencia española ha afirmado expresamente este entendimiento. Los tribunales sostienen que la culpabilidad de la persona jurídica “*no está presente de forma au-*

tomática” por el solo hecho de que se verifiquen los elementos objetivos del tipo penal en el seno de la empresa. Por el contrario, requiere una valoración adicional: la de si la empresa implementó todos los mecanismos razonables para prevenir el delito o, por el contrario, incurrió en una falta de organización o vigilancia. Si la empresa demuestra que actuó con la diligencia necesaria en sus estructuras internas de cumplimiento, puede excluirse su responsabilidad incluso cuando uno de sus empleados o directivos haya cometido efectivamente un delito. Esta idea, recogida por la doctrina penal española, supone rechazar cualquier automatismo en la atribución de culpa a la persona jurídica: no se puede presumir su culpabilidad sin más, sino que debe analizarse si hubo verdadera reprochabilidad en su actuación u omisión corporativa.

El Tribunal Supremo, en sus primeros pronunciamientos aplicando el art. 31 bis, abrazó explícitamente esta concepción. Si bien en las resoluciones del TS (Sala 2.^a) el término “defecto de organización” aparece con frecuencia, su significado remite precisamente a esa carencia de medidas idóneas de prevención. En consonancia con ello, la Circular 1/2016 de la fiscalía general del Estado (por citar un texto interpretativo contemporáneo a las primeras sentencias) también definió la culpabilidad de la persona jurídica como “incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control”, lo que es equivalente a la noción de defecto organizativo. Así, para que una persona jurídica sea considerada culpable penalmente no basta con que un empleado cometa un delito del que se beneficie la empresa: es necesario que la empresa, a través de sus órganos de gestión, haya fallado en prevenirlo cuando era exigible que lo hiciera.

Este enfoque encuentra respaldo en la propia lógica del art. 31 bis CP. La ley prevé dos supuestos distintos de imputación a la persona jurídica: (a) delitos cometidos por directivos o representantes legales, y (b) delitos cometidos por subordinados debido a la falta de control por parte de aquellos. En ambos casos subyace el elemento común de la deficiente organización o supervisión. En los delitos del apartado b) la exigencia de un “debido control” no ejercido apunta directamente a la existencia de una omisión de vigilancia (es decir, un defecto en los protocolos o en la actuación de los órganos de la empresa). Y en los delitos del apartado a), aunque la responsabilidad es más automática por provenir la acción de la propia cúpula directiva, la ley ofrece a la persona jurídica una vía de exención si acredita que había adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de prevención de delitos. Esto último implica que incluso cuando el autor directo es un alto directivo (por cuya actuación normalmente la empresa debería responder), se reconoce que la persona jurídica no será culpable si tenía una organización diligente que, pese a ello, no logró evitar el delito. En definitiva, toda la construcción legal y jurisprudencial pivota sobre la idea de reprochar a la empresa una falta de diligencia en la organización: si tal falta no concurre, faltará la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La doctrina científica española coincide con la jurisprudencia en este punto. Antes y después de 2010, diversos autores sostuvieron que no se podía introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas para luego prescindir del concepto de culpabilidad en su aplicación. Al contrario, era necesario desarrollarlo de forma específica.

Como gráficamente se ha expresado, *“no podemos proclamar la culpabilidad propia de la persona jurídica y luego presumir su existencia... el camino correcto estriba en admitir la falta de culpabilidad de la persona jurídica en aquellos supuestos en los que se demuestre que la empresa ha puesto toda la diligencia necesaria”* para evitar ilícitos en su interior. Esta reflexión se alinea con el postulado fundamental del derecho penal de acto y de culpabilidad: sólo se debe sancionar a quien pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hizo. Trasladado a las personas jurídicas, quiere decir que sólo serán penalmente reprochables aquellas organizaciones que, pudiendo haber implementado medidas razonables de prevención, no lo hicieron o lo hicieron de forma insuficiente, facilitando con ello la comisión del delito. En cambio, si la empresa hizo todo lo que cabía exigirle (por ejemplo, seleccionó y formó adecuadamente a su personal, estableció protocolos de prevención, controles internos, auditorías, supervisión continua, etc.) y aun así el delito ocurrió por una desviación imprevisible, entonces faltará ese juicio de reproche y la sanción penal carecerá de base legítima.

En suma, la culpabilidad de la persona jurídica en España se construye como culpabilidad por la organización: un defecto estructural o de funcionamiento en la persona jurídica que le hace merecedora de reproche. Sin tal defecto, cualquier sanción equivaldría a una forma encubierta de responsabilidad objetiva, inadmisibles por vulnerar el art. 24.2 CE y los principios penales básicos. Esta concepción, asentada ya en la jurisprudencia, marca la pauta para los aspectos probatorios y eximentes que analizaremos a continuación.

III. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

La introducción del artículo 31 bis CP vino acompañada de un novedoso estímulo legislativo a la prevención corporativa de delitos: la consideración de los programas de cumplimiento (*compliance programs*) o *modelos de organización y gestión* efectivos como posibles causas de exención (o atenuación) de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En la versión original de 2010, el art. 31 bis ya apuntaba esta idea, y la reforma de 2015 la desarrolló detalladamente. Según el artículo 31 bis CP vigente, cuando el delito es cometido por altos directivos (los enumerados en la letra a del apartado 1), la persona jurídica quedará *exenta* de responsabilidad penal si prueba que, antes de la comisión del delito, había adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos de la clase del ocurrido o para reducir de forma significativa su riesgo. De igual manera, si el delito es cometido por un subordinado (supuesto de la letra b), la existencia de un modelo de prevención adecuado también impediría atribuir a la empresa la “falta de debido control” que el Código Penal exige para imputarle el delito. En ambos escenarios, por tanto, el cumplimiento efectivo de los deberes de organización actúa como causa de exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La ley especifica las condiciones de estos modelos de prevención. Deben ser programas adoptados e implementados con eficacia antes del delito, incluir medidas de vigi-

lancia y control idóneas, con un órgano específico de supervisión (compliance officer o similar) que tenga autonomía y recursos (art. 31 bis.5 CP). También han de contemplar la identificación de riesgos penales, la formación e información de empleados, canales de denuncia, sistemas disciplinarios y verificación periódica. En esencia, la empresa debe haber instaurado una cultura de cumplimiento real, y no meramente formal, para beneficiarse de la exención. La carga de demostrar la adecuación e implementación efectiva de dicho programa recae en la persona jurídica, como desarrollaremos en el apartado siguiente.

Desde la óptica jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha evaluado en sus sentencias la eficacia de los programas de cumplimiento alegados por las defensas corporativas. Un programa de papel, adoptado solo tras cometerse el delito o sin aplicación real, no puede exonerar a la persona jurídica. Por el contrario, un modelo robusto, anterior al hecho y efectivamente operativo, es un poderoso argumento para excluir la culpabilidad de la empresa. La jurisprudencia post-2015 ha insistido en que la mera existencia formal de códigos de conducta o protocolos no basta; importa comprobar su eficacia real. En un caso, el TS señaló que la adopción de un modelo de prevención “eficaz, antes de la comisión del delito” es la clave, y que se admite incluso que *“pueda cometerse el delito en el seno de la persona jurídica, pese a la existencia de un sistema de control adecuado o de una organización cuidadosa, la cual excluiría la responsabilidad de la entidad”*. Es decir, la presencia de un buen programa de cumplimiento no garantiza absolutamente que no ocurran infracciones (el riesgo cero no existe), pero si aun así ocurren, la empresa no debe ser penalmente sancionada puesto que no medió culpabilidad organizativa por su parte. La propia ley prevé también que, si las medidas de cumplimiento sólo pueden acreditarse de forma parcial, ello se valorará como circunstancia atenuante de la pena. De este modo, existe un incentivo normativo importante: un programa completo y eficaz puede liberar totalmente a la empresa de la pena (eximente completa), mientras que tener al menos elementos de prevención implantados podrá atenuar su responsabilidad en caso de condena.

La práctica judicial ha ido perfilando qué se espera de un programa de cumplimiento eficaz. Siguiendo tanto el tenor del Código Penal como la experiencia comparada, los tribunales buscan indicios de verdadera efectividad: por ejemplo, que la empresa hubiese realizado una cuidadosa selección de su personal, brindado formación continua en ética y legalidad, establecido protocolos de prevención específicos, llevado a cabo auditorías internas o externas, dispuesto mecanismos de vigilancia y control sobre los empleados, y reaccionado disciplinariamente ante infracciones previas. Todos estos elementos son demostrativos de una organización no defectuosa. En palabras de la doctrina, un “programa de cumplimiento ex ante serio, eficaz, correctamente implementado y actualizado” es la mejor evidencia de que la persona jurídica puso toda la diligencia necesaria para evitar delitos.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha clarificado que sólo tendrán efecto eximente aquellos programas adoptados antes de la comisión del delito y con auténtica eficacia. Intentar implementar apresuradamente un plan de cumplimiento después de descubierto el de-

lito no exonerará a la empresa (aunque podría servir como atenuante en sede de individualización de la pena, al mostrar cierto arrepentimiento u mejora posterior). Lo crucial es que en el momento del delito existiese ya una cultura corporativa contraria al delito y mecanismos concretos de prevención. Si pese a todo ello un empleado o directivo comete un ilícito eludiendo los controles, estaremos ante un supuesto de ausencia de culpabilidad de la persona jurídica.

Cabe destacar que la eficacia eximente de los modelos de organización en España representa una opción legislativa alineada con las tendencias internacionales más garantistas. En lugar de implantar una responsabilidad objetiva de la empresa (donde ésta respondería siempre que un empleado delinque en su beneficio), el legislador español optó por una fórmula que combina prevención e incentivo: se castiga a la empresa, sí, pero se le da la oportunidad de evitar la sanción si demuestra haber actuado diligentemente en la prevención del delito. Esto, además de ser más justo, tiene un efecto virtuoso en la sociedad, pues anima a las compañías a invertir en verdaderos sistemas de cumplimiento y ética corporativa. La finalidad preventiva del derecho penal queda así satisfecha no sólo a posteriori (con la sanción), sino también ex ante (fomentando estructuras internas lícitas).

En resumen, los programas de cumplimiento ocupan un lugar central en el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: son la manifestación más palpable de la diligencia organizativa exigible. La jurisprudencia, apoyándose en el art. 31 bis, los ha convertido en la piedra de toque para discernir cuándo existe o no culpabilidad en la empresa. A continuación, examinaremos cómo se distribuye la carga de la prueba relativa a la existencia o no de dicho defecto de organización y cómo se compatibiliza esto con la presunción de inocencia.

IV. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA

La cuestión de la carga de la prueba en la responsabilidad penal de las personas jurídicas es particularmente delicada, pues toca de cerca el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En el proceso penal, corresponde a la acusación demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y la persona jurídica, al igual que la física, goza del derecho a ser presumida inocente hasta que se pruebe lo contrario. Sin embargo, el modelo legal diseñado en el art. 31 bis CP, con eximentes ligadas a los programas de cumplimiento, plantea un esquema donde, una vez demostrados ciertos hechos básicos, es la defensa de la persona jurídica la que debe acreditar circunstancias exculpativas. ¿Vulnera esto la presunción de inocencia? La jurisprudencia ha señalado que **no**, siempre que se respeten ciertos límites, configurando así una presunción “*iuris tantum*” de culpabilidad organizativa que puede ser desvirtuada por la empresa.

En principio, la Fiscalía (o la acusación) debe probar los elementos constitutivos de la responsabilidad penal de la persona jurídica: básicamente, que se cometió un delito en el seno de la empresa, en beneficio de ésta, por personas vinculadas a ella (directivos

o empleados), y —en su caso— la falta de debido control si el autor material no era de la alta dirección. Esta última exigencia (falta de debido control) es más difusa probatoriamente, y en la práctica judicial tiende a inferirse de los propios hechos: si un empleado pudo cometer el delito, aparentemente falló algún control. Una vez la acusación ha aportado evidencia suficiente de esos elementos fácticos (incluso circunstanciales) que conectan el delito con la esfera de organización de la empresa, se considera desvirtuada la presunción de inocencia en lo que atañe a la existencia del hecho punible y su atribución básica a la persona jurídica. A partir de ahí, tal y como señaló el Tribunal Supremo en el ámbito administrativo sancionador, *“la falta de prueba de cargo perjudica a la Administración, [pero] una vez obtenida ésta, la falta de prueba de descargo perjudicará al administrado... En estos casos... corresponderá al administrado la carga de acreditar aquéllos elementos de descargo... que... conlleven una declaración de no exigencia de responsabilidad”*. Trasladado al proceso penal de personas jurídicas: lograda por la acusación una prueba suficiente de que la empresa incurrió en un hecho ilícito (a través de sus miembros) y presumiblemente falló en sus controles, será la propia empresa la que deba aportar prueba en contrario para evitar la condena.

El Tribunal Constitucional avaló expresamente esta lógica en el contexto administrativo en la STC 129/2003. En dicho caso, referente a una sanción contra una empresa, el Constitucional declaró que *“habiendo existido actividad probatoria de cargo sobre los hechos imputados a la mercantil..., era a ella a quien competía proporcionar... un principio de prueba, por mínimo que fuera, que permitiera... pensar que la infracción... no le era reprochable”*. Es decir, una vez la Administración había probado suficientemente la comisión de la infracción recaía sobre la empresa sancionada la carga de aportar al menos un indicio de que obró diligentemente (de que el incumplimiento no le era subjetivamente imputable). Esta exigencia de colaboración probatoria de la defensa no vulneró, a juicio del TC, la presunción de inocencia, puesto que la culpabilidad de la empresa no se estaba presumiendo de forma absoluta, sino condicionadamente y con posibilidad de contradicción (*iuris tantum*). El propio Tribunal Constitucional subrayó que no se invertía la carga de probar el “presupuesto fáctico” de la sanción (eso correspondía a la Administración), sino que una vez acreditado éste, es legítimo exigir al presunto infractor que acredite las circunstancias que excluyen su responsabilidad.

Siguiendo esta línea garantista, la jurisprudencia penal ha construido la regla siguiente: la existencia de una organización defectuosa en la empresa se presume mientras no se acredite lo contrario. Dicho de otro modo, la comisión de un delito significativo dentro de la compañía genera una sospecha fundada de fallo organizativo; corresponde a la empresa disipar esa sospecha demostrando que su organización era en realidad adecuada y que el delito ocurrió a pesar de ella. Esto ha sido descrito doctrinalmente como una “presunción de culpabilidad por defecto de organización, pero de carácter *iuris tantum*”. En concreto, se parte de que, si un directivo o empleado ha podido delinquir en beneficio de la empresa, algo ha fallado en la cultura de cumplimiento de la misma; no obstante, esa inferencia admite prueba en contrario.

La consecuencia práctica es una cierta inversión de la carga de la prueba en cuanto a

las causas eximentes. Numerosas resoluciones han reiterado que no sería lógico exigir al fiscal que pruebe un elemento negativo o exculpatorio (v.gr. la inexistencia de un programa de cumplimiento eficaz). La naturaleza misma de los hechos de descargo (eximentes) implica que quien los alega debe aportarlos. Como señala la literatura jurídica citando esta jurisprudencia: *“no parece afortunado requerir a quien acusa acreditar lo que no le es propio... Los hechos de descargo deben ser probados por la defensa”*. Así, si la persona jurídica pretende eximirse alegando que tenía un modelo de prevención idóneo y eficaz, deberá probarlo en juicio. Del mismo modo, si aduce cualquier otra circunstancia excluyente de su responsabilidad (por ejemplo, que el empleado autor actuó completamente al margen de sus funciones y políticas, de modo imprevisible), necesitará respaldarlo probatoriamente.

Ahora bien, esta distribución de cargas debe operarse sin menoscabo de garantías esenciales. La jurisprudencia ha matizado que la acusación siempre debe presentar primero una acusación razonada y una prueba de cargo suficiente de la culpabilidad de la persona jurídica, antes de poder exigir a la defensa que acredite nada. Como indicó el Tribunal Supremo (Sala 3.^a) en 2008, *“sólo cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, procede exigir al acusado que pruebe la existencia de una causa excluyente de la responsabilidad”*⁵. Trasladado al proceso penal: sólo cuando el fiscal haya concretado y probado la imputación (qué defecto de organización o qué omisión permitió el delito), cabe solicitar a la persona jurídica que demuestre lo contrario. Esto previene que se impongan cargas defensivas genéricas o arbitrarias: la empresa no tiene que probar su inocencia en abstracto, sino rebatir una acusación concreta de culpabilidad.

En cuanto al estándar de prueba aplicable a la defensa, la ley nada dice expresamente. En principio, rige la máxima *in dubio pro reo*: si tras la práctica de la prueba persiste una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona jurídica, debería prevalecer la presunción de inocencia y ser absuelta. Sin embargo, algunos autores y resoluciones han sugerido que, tratándose de hechos eximentes, el estándar de valoración podría no ser tan estricto como “más allá de toda duda razonable”, admitiéndose la exención con que la defensa acredite sus extremos con un grado de convicción preponderante. En cualquier caso, se exige un mínimo de prueba por parte de la empresa. Como recordó el Tribunal Constitucional en la STC 129/2003⁶ antes citada, la empresa al menos debe aportar un “principio de prueba” de la existencia de la circunstancia exoneradora. Si no aporta nada, difícilmente podrá generarse la duda que permita eximirla.

Debe enfatizarse que esta mecánica procesal no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, tal como ha sido interpretada por el TC y el TS. La clave está en concebir la ausencia de defectos de organización como una causa de justificación o de inculpabilidad cuya carga probatoria recae en la defensa, y no como un elemento estructural del delito que deba probar la acusación. El Tribunal Constitucional ha sido celoso guardián de que no se invierta la carga probatoria sobre los hechos constitutivos de la infracción,

5 STS (Sala 3.^a) de 6 de junio de 2008 (RJ 2008, 5827).

6 STC 129/2003, de 30 de junio (FJ 8^o).

pero ha avalado que respecto de exenciones o excusas absolutorias sí pueda exigirse actividad probatoria al infractor (dentro de lo razonable). En definitiva, la persona jurídica no está obligada a probar su inocencia sin base, pero sí a probar las circunstancias específicas que reclama para exonerarse, una vez la acusación ha demostrado la base de su culpabilidad.

La Sala Penal del Tribunal Supremo ha aplicado estos principios en sus fallos, si bien habitualmente de forma implícita. Al analizar los recursos de casación de empresas condenadas, el TS ha valorado si las instancias inferiores exigieron correctamente a la acusación la prueba necesaria y si dieron oportunidad a la defensa de acreditar sus eventuales programas de cumplimiento. En ningún caso hasta ahora el TS ha apreciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia por el hecho de que se imponga a la persona jurídica probar su adecuado control. Esto sugiere que el modelo español de carga de la prueba ha sido aceptado como constitucionalmente legítimo, siempre que se entienda en los términos expuestos: presunción *iuris tantum* de culpabilidad basada en indicios objetivos, y posibilidad efectiva de contradicción por parte de la defensa.

V. REPROCHABILIDAD PENAL VS. RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LAS ENTIDADES COLECTIVAS

Una de las distinciones más importantes que ha recalcado la jurisprudencia española, al desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la que existe entre la reprochabilidad penal (culpabilidad) y la mera imputación objetiva de hechos. Como ya se ha señalado, el Derecho penal moderno exige culpabilidad en sentido estricto: nadie puede ser penado por un resultado simplemente porque ocurrió bajo su órbita, si no concurre algún elemento subjetivo o normativo de reproche. Esto es válido tanto para individuos como para organizaciones.

En el caso de las personas jurídicas, el riesgo era incurrir en una suerte de responsabilidad objetiva o por el hecho ajeno, puesto que la conducta material siempre la realiza una persona física. Sin embargo, el legislador y los tribunales españoles han dejado claro que no se castiga a la empresa por el mero hecho de que uno de sus miembros cometa un delito, sino por no haber evitado ese delito pudiendo hacerlo. La diferencia puede parecer sutil, pero es fundamental: en el primer caso (objetivo) la empresa sería responsable *per se* de todo delito cometido en su seno (bastaría la relación factual); en el segundo caso (subjetivo o reprochable) la empresa sólo responde cuando se le puede hacer un reproche por haber faltado a sus deberes de prevención o supervisión.

El Tribunal Constitucional, desde antes de la existencia de art. 31 bis, proclamó que “*el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta u objetiva*” en materia sancionadora. Esto implica que no cabe condenar a persona alguna, ni física ni jurídica, sin que se acredite algún grado de culpabilidad o reprochabilidad. En contextos administrativos sancionadores, el TC y el TS combatieron la idea de sancionar por la simple “voluntariedad” o el mero resultado. Por ejemplo, antiguamente se llegó a sostener que en infracciones administrativas bastaba la voluntariedad, sin necesidad de culpabilidad; pero esa postura fue superada. La jurisprudencia clásica del Supremo

precisó que la culpabilidad es un “juicio de reproche frente a un sujeto porque pudiendo haberse comportado conforme a derecho, no lo hizo”, y rechazó expresamente la noción de responsabilidad automática. Aplicado a las personas jurídicas, esto se traduce en que la base de la culpabilidad es la posibilidad de comportamiento conforme a Derecho de la organización. Si la empresa tenía la posibilidad jurídica y material de prevenir el delito (por medios de control internos, formación, vigilancia, etc.) y no lo hizo, entonces se configura su reprochabilidad penal. Por el contrario, si pese a adoptar todas las medidas razonables el delito ocurrió, no habría tal reproche.

La diferencia entre un sistema de responsabilidad objetiva y otro fundado en la culpabilidad se aprecia también en los efectos prácticos. En un sistema objetivo, la empresa sería siempre responsable, incluso aunque demostrase un comportamiento ejemplar (sería irrelevante su diligencia). En España, en cambio, como hemos visto, la diligencia extrema de la persona jurídica opera como eximente. Esto demuestra que el elemento central es la culpabilidad: lo que se castiga no es el hecho en abstracto, sino el defecto en la organización que permitió el hecho. Algunas voces críticas han señalado que, en la práctica, la línea puede difuminarse —especialmente si los tribunales infieren con demasiada facilidad la culpa empresarial de la mera comisión del delito—. Sin embargo, las sentencias más autorizadas subrayan que debe hacerse un análisis cuidadoso y particularizado de la culpabilidad de la persona jurídica en cada caso. No basta comprobar el delito; hay que razonar por qué ese delito revela una quiebra en la cultura de cumplimiento de la entidad. Si tal razonamiento no se explicita, la sentencia estaría incompleta y vulneraría posiblemente el derecho a la presunción de inocencia por incurrir en responsabilidad objetiva.

El concepto de reprochabilidad penal hacia la persona jurídica se consolida, así como eje de la imputación. Ello no significa que se antropomorfice a la empresa atribuyéndole voluntades, sino que se evalúa su actuación colectiva: políticas, procedimientos, controles, reacción ante incumplimientos previos, etc. En definitiva, se evalúa si la empresa actuó como organización debidamente diligente. La terminología empleada a veces por el Tribunal Constitucional —hablando de nexo psicológico o de culpabilidad en sentido amplio— no debe confundir: técnicamente, la culpabilidad de la persona jurídica equivale a esa reprochabilidad por defecto de organización, no a un dolo o culpa subjetivos imposibles en un ente ficticio.

Para visualizar la diferencia, pensemos en un caso: un empleado aislado comete un fraude a espaldas de la compañía, violando todos los controles existentes. La empresa no obtiene realmente beneficio y, al descubrirlo, colabora con las autoridades. En un sistema de responsabilidad objetiva, la empresa respondería igualmente por el fraude del empleado. En el sistema español de culpabilidad, probablemente no sería condenada si logra demostrar que tenía un buen sistema de prevención (por ejemplo, que el empleado burló medidas de control excepcionales y que la empresa actuó con máxima diligencia antes y después del hecho). Aquí se ve cómo la reprochabilidad penal es la piedra angular: ¿podemos reprochar algo a la empresa? Si la respuesta es no (porque actuó correctamente), no hay culpabilidad ni pena. Esto preserva el sentido de justicia del sistema.

En conclusión, la jurisprudencia española ha asentado la incompatibilidad de la responsabilidad objetiva con nuestro ordenamiento, también respecto de las personas jurídicas. La culpabilidad —en forma de reproche por defecto organizativo— es condición indispensable de la responsabilidad penal de las empresas. Cada sentencia del TS o del TC que ha tratado el tema, de una forma u otra, reafirma este principio: desde la exigencia de acreditar la culpabilidad y no presumirla, hasta la admisión de la prueba en contrario por parte de la persona jurídica para exonerarse. De este modo, se ha construido un régimen de responsabilidad penal corporativa que busca ser eficaz sin abdicar de los fundamentos del Derecho penal, respetando el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.

VI. SÍNTESIS

La jurisprudencia española, a partir de la introducción del art. 31 bis CP, ha desarrollado un modelo propio de responsabilidad penal de las personas jurídicas que conjuga efectividad en la represión de delitos empresariales con el respeto a los principios esenciales del derecho penal. Los tribunales —especialmente el Tribunal Supremo en sala penal y el Tribunal Constitucional en sede de garantías— han consolidado las siguientes ideas fundamentales:

- **Culpabilidad corporativa como defecto de organización:** La responsabilidad penal de la persona jurídica no es automática ni objetiva, sino que exige un juicio de reproche específico. Este reproche se basa en la constatación de un defecto o fallo en la organización empresarial (falta de controles, de supervisión, de cultura ética) que ha permitido la comisión del delito. Sin tal defecto, la persona jurídica no es verdaderamente culpable y no debe ser sancionada.
- **Evolución jurisprudencial progresiva:** Inicialmente, la referencia para asentar estos criterios provino de la jurisprudencia administrativa sancionadora y de los postulados constitucionales que prohíben la responsabilidad objetiva. Con esas bases, el Tribunal Supremo, desde sus primeras sentencias en 2016, reforzó que la empresa sólo delinque *si puede y no quiere prevenir el delito*. A medida que nuevos casos han llegado, esta doctrina se ha confirmado y matizado, pero sin apartarse de sus ejes centrales.
- **Programas de cumplimiento como factor clave:** La legislación vigente y la jurisprudencia han otorgado un rol central a los modelos de organización y gestión eficaces (compliance). Un buen programa de cumplimiento, implantado con seriedad, opera como salvaguarda para la empresa: es a la vez un medio de prevenir delitos y una eventual tabla de salvación frente a la imputación penal. Su ausencia o insuficiencia, en cambio, suele ser la evidencia de la que se nutre la acusación para afirmar el defecto de organización. De ahí que, en la práctica, la evaluación judicial de la culpabilidad de la persona jurídica se entrelace con la valoración de sus programas de cumplimiento.
- **Carga de la prueba equilibrada y presunción de inocencia:** Lejos de suponer una quiebra de garantías, el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas ha sido articulado de forma compatible con el derecho de defensa. La acusación

debe probar los hechos y una mínima conexión con la falta organizativa; una vez hecho esto, la empresa tiene la posibilidad de defenderse probando que actuó diligentemente. Esta presunción *iuris tantum* de culpabilidad organizativa no infringe la presunción de inocencia porque sólo opera tras una actividad probatoria de cargo suficiente y porque admite plenamente la prueba en contrario. En última instancia, si subsiste duda razonable sobre la existencia de culpabilidad corporativa, deberá prevalecer la no condena, reafirmandose así que la inversión de la carga se limita a las causas de exención y no al núcleo del ilícito.

- **Rechazo de la responsabilidad objetiva:** En ningún momento los tribunales españoles han abrazado la idea de una responsabilidad objetiva de las personas jurídicas. Por el contrario, han insistido en la reprochabilidad como base de la pena. Esto asegura que la responsabilidad penal de las entidades colectivas se mantenga dentro del cauce constitucional y dogmático correcto: se sanciona un hecho propio de la persona jurídica (su deficiente organización), no meramente el hecho ajeno del individuo. Tal distinción se erige en garantía básica y en elemento legitimador del sistema.

En conclusión, la jurisprudencia española ha construido una doctrina sólida sobre la culpabilidad de las personas jurídicas, centrada en el defecto de organización y la necesidad de un juicio de reproche para fundamentar la sanción. Este modelo, materializado en las sentencias del Tribunal Supremo y armonizado con la doctrina del Tribunal Constitucional, logra un balance adecuado entre eficacia punitiva e incentivación de la autorregulación corporativa, por un lado, y respeto a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, por otro. Las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables en España, pero únicamente en la medida en que hayan incumplido gravemente los deberes de prevención y control que les eran exigibles. Así, el Derecho penal cumple su función garantista incluso al proyectarse sobre entes colectivos, reafirmando que no hay responsabilidad penal sin culpabilidad, tampoco para las empresas.

BIBLIOGRAFÍA JURISPRUDENCIAL

Código Penal español, art. 31 bis (LO 5/2010 y LO 1/2015).

STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8º).

STC 129/2003, de 30 de junio (FJ 8º).

STS (Sala 3ª) de 2 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 7957).

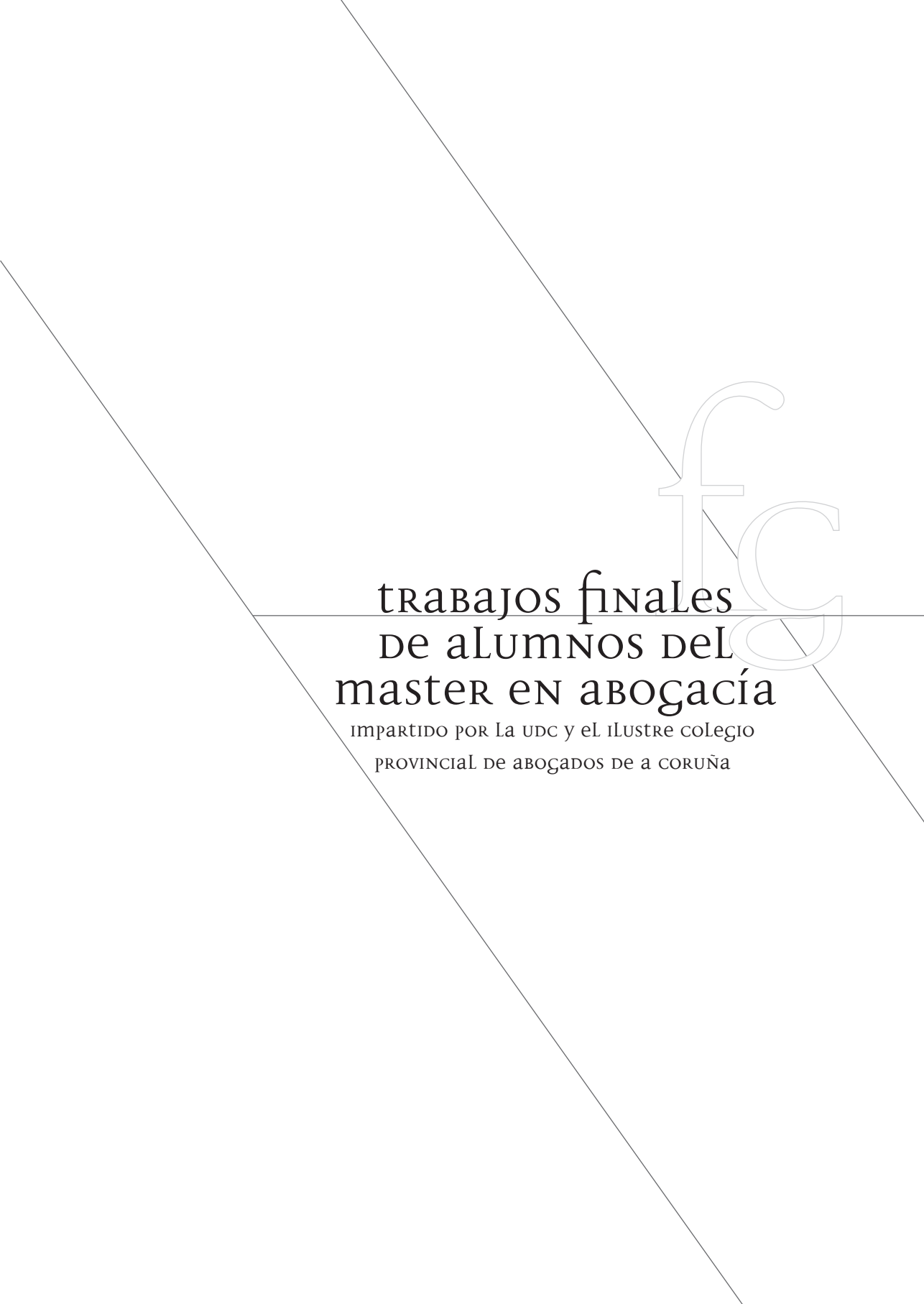
STS (Sala 3ª) de 4 de marzo de 2004 (Ar. 2004, 2116).

STS (Sala 3ª) de 6 de junio de 2008 (RJ 2008, 5827).

STS (Sala de lo Penal) nº 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

STS (Sala de lo Penal) nº 221/2016, de 16 de marzo de 2016.

STS (Sala de lo Penal) nº 516/2016, de 13 de junio de 2016.



trabajos finales de alumnos del master en abogacía

impartido por la UDC y el ilustre colegio
provincial de abogados de a coruña



APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO PENAL DE LA MANIPULACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DE VALORES ESPAÑOL

ÁLVARO FERNÁNDEZ NÓVOA

GRADUADO EN DERECHO

Resumen: En el ámbito del mercado de valores, una libre formación de precios es un requisito imprescindible para garantizar su buen funcionamiento, su crecimiento y la riqueza económica de un país.

La terminología de abuso de mercado hace referencia a dos conductas que dañan la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores, a saber, el abuso de información privilegiada y las manipulaciones de precios.

Este trabajo pretende aportar una serie de ideas y nociones básicas sobre la regulación europea y española en materia de abuso de mercado, prestando especial atención a las manipulaciones de precios y la problemática que conlleva su persecución.

Abstract: In the field of securities market, free price formation is an essential requirement to guarantee their proper functioning and the growth and economic wealth of a country.

The terminology of market abuse refers to two conducts that damage the integrity of financial markets and investor confidence, namely insider trading and price manipulations.

This paper aims to provide a series of ideas and basic notions on European and Spanish regulation on market abuse, paying special attention to price manipulations and the problems involved in their prosecution.

Palabras Clave: Abuso de Mercado, Delitos Económicos, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Manipulación de precios, Mercado de Valores.

Key Words: Market Abuse, Economic Crimes, Criminal Law, Criminal Procedural Law, Price Manipulation, Stock Market.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EVOLUCIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LOS ABUSOS EN LOS MERCADOS FINANCIEROS; 1. Relevancia de los antecedentes legislativos internacionales; 2. Manipulación de mercado en la normativa europea; 3. Análisis estadístico de la manipulación de mercado; II. CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE MANIPULACIÓN DE PRECIOS; 1. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo; 2. Conductas Típicas; A. Manipulación mediante engaño, violencia, amenaza u otros artificios; B. Manipulaciones informativas; C. Manipulaciones operativas; 3. Cuestiones comunes a las conductas típicas; A. Precisiones sobre el objeto material; B. Sujeto activo; C. Autoría y participación; D. Penalidad; 4. Aspectos problemáticos; A. Prácticas de mercado aceptadas; B. Frontera administrativa y penal; III. CUESTIONES PROCESALES; 1. Inicio de las actuaciones; 2. Inicio del procedimiento penal; 3. Competencia judicial y tramitación; 4. Notas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas; IV. CONCLUSIONES.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: EVOLUCIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DEL ABUSO EN LOS MERCADOS FINANCIEROS

El buen funcionamiento del mercado financiero es una cuestión muy compleja. Algunos de sus rasgos identificadores como la incertidumbre, el exponencial avance de la tecnología y aspectos como la combinación entre la existencia de sujetos que ostentan posiciones de cierto poder en el sistema y la distribución asimétrica de la información, influyen notablemente en que algunos operadores toman estrategias con el objetivo de sacar provecho de la ventaja informativa, influir sobre el precio de mercado o desorientar al resto de participantes¹.

Fenómenos como la crisis financiera mundial del 2007 y la crisis de la deuda soberana de la zona euro han permitido la visibilización de algunas prácticas muy reprochables a la vez que han incentivado de forma inigualable la necesidad de mejora de la regulación de los mercados financieros².

1 TOVAR BAENA, N.: *La regulación del abuso de mercado en Europa y Estados Unidos*, Dirección de Estudios de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Monografías n.º 1, 2002, pp. 10 y ss.

2 En clave internacional y europea destacan el escándalo de manipulación del principal índice de referencia de los mercados monetarios (y, su vez, el mercado con mayor volumen de negociación diario, entorno a los 4 billones

Una libre formación de precios en el mercado es esencial para garantizar estos objetivos. En este sentido, la terminología de abuso de mercado se circunscribe a dos conductas que, entre otras, la ponen en peligro, a saber, el abuso de información privilegiada y las manipulaciones de precios.

El abuso de información privilegiada se refiere a aquellas operaciones realizadas con instrumentos financieros gracias al acceso reservado a información privilegiada.

Las manipulaciones de mercado son conductas que atentan contra la correcta formación de los precios de mercado, consistentes, en esencia, en la alteración de los precios, mediante la amenaza o el engaño, mediante la difusión de noticias o rumores falsos, o la realización de operaciones gracias al abuso de una posición dominante, o bien mediante la transmisión de señales falsas o engañosas.

La profusa atención que tomó el legislador europeo en la regulación del abuso de información privilegiada y el escaso desarrollo sobre la manipulación de precios ha provocado una suerte de desprotección a los inversores frente a las prácticas que manipulan el mercado, principalmente, distorsionando la libre formación de precios³.

La defensa frente a estos abusos entraña una problemática muy heterogénea. Principalmente, lograr un equilibrio regulatorio que permita facilitar la innovación financiera y el desarrollo natural del mercado, en ocasiones, choca de frente con la sobreproducción normativa realizada en aras de salvaguardar la eficacia de las políticas sobre la formación de precios. Desde la perspectiva del *enforcement* o del ángulo de ejecución de la normativa, las autoridades nacionales competentes (ANCs en adelante) deben unir fuerzas junto con la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM en adelante) para perseguir y sancionar los abusos, requiriendo para ello de forma imprescindible la colaboración del resto de operadores.

A fin de garantizar unos mercados de calidad, entendidos como funcionales y competitivos, se hace necesaria una regulación que permita supervisar y perseguir con efectividad los comportamientos abusivos de mercado y, en concreto, aquellos que pretendan alterar la libre formación de precios en aras de ganar la confianza de los inversores y construir de esta forma un tejido económico fuerte.

1. Relevancia de los antecedentes legislativos internacionales

Debe comenzarse poniendo de manifiesto que el primer rango de tratamiento de la política reguladora de los mercados financieros a nivel global es el G20, el cual define las líneas generales para asegurar, *grosso modo*, la estabilidad financiera internacional. A renglón seguido, existen una serie de organismos también de carácter internacional que se encargan de realizar unos estándares de alto nivel para la consecución de los

de euros), el FOREX (Foreign Exchange), y la manipulación del LIBOR (London InterBank Offered Rate) entre otros muchos. Así, en clave nacional, resultan archiconocidos los casos de manipulación del mercado mediante la emisión de las acciones preferentes, véase el “*Caso Bankia*”.

3 En efecto, como se verá en el desarrollo del presente trabajo, el uso indebido de información privilegiada ha sido recogido desde finales de los años ochenta mientras que la manipulación de precios del mercado no ha sido objeto de tratamiento exhaustivo hasta el año 2014.

objetivos planteados por el G20, entre los cuales, cabe destacar el FSB (Financial Stability Board), impulsando la creación de políticas internacionales unificadas, así como también la presencia de otros organismos que vienen a representar a los tres pilares del sistema financiero y encajando los meritados objetivos en sus respectivos mercados. A saber, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (International Organization of Securities Commissions, IOSCO en adelante) y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (International Association of Insurance Supervisors, IAIS).

Ya en clave europea, la nueva estructura de supervisión financiera derivada del proceso *Lamfalussy* con las influencias y recomendaciones del Informe Larosière⁴, se encuentra compuesta por la Junta Europea de Riesgo Sistémico (JERS), la Autoridad Bancaria Europea (ABE), la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ) y la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM en adelante). Como no podía ser de otra forma, parte de este conglomerado institucional lo componen también las ANC's de cada Estado Miembro (EM en adelante) respecto del pilar financiero a que se corresponden. La práctica totalidad de la legislación de los mercados financieros de los EEMM de la Unión Europea (UE en adelante) surge en primer término del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el mercado interior de 1985, seguido del Plan de Acción de Servicios Financieros de 1999 de la Comisión Europea y el Informe *Lamfalussy*, si bien tras la crisis financiera global y la crisis soberana de la zona euro se intensificó la producción normativa en gran medida. A modo de ejemplificación de la transformación institucional, cabe destacar la apuesta por la creación de la Unión Bancaria con el subsiguiente desarrollo del Mecanismo Único de Supervisión y el Mecanismo Único de Resolución⁵, la promulgación del MiFIR y el MiFID II⁶, y la creación la AEVM, la cual se erige como supervisora y coordinadora de los organismos nacionales de los con competencias atribuidas en la supervisión de sus respectivos mercados de valores⁷.

4 AA.VV.: *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*. DE LAROSIÈRE, Jacques (Dir.), February 2009. Disponible en <https://dorie.ec.europa.eu/en/details/-/card/498496>, consultado el 04-01-2025. En ampliación de la reestructuración del sistema de supervisión financiera de la Unión Europea, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación del mercado de valores*, Editorial Reus, 2023, pp. 31 y ss.

5 Creada con el objetivo garantizar la estabilidad, seguridad y reducción de riesgos en el sector bancario de la zona del euro y de la UE en su conjunto.

6 *Grosso modo*, el MiFIR, Reglamento (UE) N.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 648/2012 regula la transparencia pre y post negociación en relación con las ANC's y los inversores, los requisitos y obligaciones de los proveedores de servicios de datos, establece la obligación de negociación de derivados en centros de negociación y ciertas acciones supervisoras. Por su parte, el MiFID II, materializado en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE; regula las condiciones de autorización y funcionamiento de las Empresas de Servicios de Inversión, la actividad de las empresas de terceros Estados; las condiciones de autorización y funcionamiento de los mercados regulados; la limitación de las posiciones y controles de la gestión de posiciones en derivados sobre materias primas; las normas de conducta y protección al inversor, etc.

7 En el caso de España, la encargada de dicha tarea es la Comisión Nacional de Mercados y Valores (CNMV en adelante). De forma ilustrativa en Francia es la AMF (Autorité des marchés financiers (AMF), en Alemania la BAFIN (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) y en Italia la CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa).

En España, como en toda la UE, el proceso de integración europeo ha tenido un impacto inigualable en los sistemas de control del abuso de mercado⁸. Consecuentemente, la mayor parte del ordenamiento jurídico en esta materia es el resultado de la transposición de directivas de la Unión Europea y de la aplicación directa de los reglamentos promulgados. Dicho esto, en términos temporales, la primera manifestación de la labor armonizadora en materia penal del abuso de mercado es la Directiva 89/592/CEE⁹, mediante la cual se apostó por otorgar de forma preferente una sanción penal en lugar de administrativa a las prácticas abusivas de mercado.

Lamentablemente, esta Directiva adolecía de un carácter deficiente o incompleto pues, a pesar de prestar el legislador europeo especial atención a las conductas de abuso de mercado mediante la utilización de información privilegiada, se dejó totalmente de lado el tratamiento de los comportamientos de manipulación de precios del mercado. Asimismo, el propio grado de armonización era reducido pues únicamente se exigía la imposición de sanciones eficaces, disuasivas y proporcionadas, sin llegar a establecer realmente un sistema o mecanismo sancionador eficaz¹⁰.

Dada la necesidad de adaptación, en 2003 se adopta la primera directiva de abuso de mercado “completa”, la DAM I¹¹, y su normativa de desarrollo. En comparación de su predecesora, esta apostó por otorgar un carácter preferente a la sanción administrativa, y como principales novedades, introdujo un marco para armonizar los conceptos y normas básicos sobre abuso de mercado, incluyendo, como no podía ser de otra forma, disposiciones sobre los comportamientos de manipulación de precios, así como también entre otros extremos, el refuerzo de la cooperación entre las autoridades reguladoras y supervisoras buscando de esta manera mejorar el necesario *enforcement* comunitario.

A pesar de pretender abarcar de forma más completa el abuso de mercado mediante la regulación de la manipulación de precios, resultó ser prácticamente vacía de contenido en este extremo, pues ni la propia DAM I ni su normativa de desarrollo ofrecían definiciones sobre el concepto mismo de manipulación, sino que únicamente se limitaban a proporcionar meras indicaciones sobre ella¹².

Estas normas acabaron siendo superadas por el auge de nuevas plataformas de negociación, la negociación extrabursátil y las nuevas tecnologías como la negociación de alta frecuencia (HFT- High Frequency Trading)¹³. De esta forma en 2014, en el marco de su labor para mejorar la solidez y la transparencia de los mercados financieros, la UE

8 Estas normas no se tratan de reglas sobre el mercado, sino de reglas de conducta en el mercado que disciplinan la actividad de los sujetos que operan en el mismo. AA.VV.: *Ética y mercado de valores*, IBÁÑEZ JIMNÉNEZ, J.W., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.L. (Coords.), “Abuso de Mercado” ZUNZUNEGUI PASTOR, F., Ed. Marcial Pons, 2002, pp. 131-154.

9 Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada.

10 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 49 y ss.

11 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), DAM I en adelante.

12 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 49 y ss.

13 Como ya señalaba acertadamente la IOSCO “Los cambios tecnológicos han modificado la forma de negociar en los mercados de capitales. La IOSCO ha identificado previamente los siguientes como los más importantes cambios que

promulgó nuevas normas para combatir el abuso de mercado, las cuales reforzaron y sustituyeron a la DAM I. La nueva regulación se crea utilizando por primera vez las facultades legislativas sobre armonización en materia penal establecidas por el artículo 83.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De esta forma, mediante la DAM II¹⁴, se han podido establecer unos mínimos a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza y que, a su vez, hayan sido objeto de previa armonización¹⁵.

Asimismo, en desarrollo de la prometedor DAM II, se promulgó el correspondiente reglamento, el RAM¹⁶, el cual, garantizando un código normativo único, amplía el alcance de los instrumentos cubiertos por el marco de abuso de mercado, reforzando en particular el régimen para los mercados de materias primas y derivados relacionados. Además, prohíbe explícitamente la manipulación de índices de referencia y refuerza los poderes de investigación y sanción de los organismos reguladores.

Estas normas se han desarrollado mediante reglamentos de ejecución y delegados que abordan aspectos de especial relevancia como listas de “iniciados” (en relación a los posibles abusos de información privilegiada), programas de recompra y estabilización, recomendaciones de inversión, conflictos de interés, indicadores de manipulación de mercado, notificación de prácticas abusivas u órdenes u operaciones sospechosas (STOR, por sus siglas en inglés), prácticas de mercado aceptadas, operaciones de directivos. etc.¹⁷.

Con todo, actualmente la materia de abuso de mercado se configura como una de las pocas materias en las que existe un acusado grado de coherencia y armonización penal en lo que algunos autores han denominado Derecho Punitivo Europeo¹⁸. En este sentido, las definiciones de las infracciones administrativas y penales, las sanciones y penas, así como los mecanismos de *enforcement*, en relación las competencias atribuidas a

pueden afectar a la integridad del mercado:

- Crecimiento de la negociación de alta frecuencia (HFT) y de la negociación algorítmica
- Fragmentación del mercado y liquidez oscura
- Acceso electrónico directo
- Co-ubicación (...)

Extraído de, Comité Técnico de la IOSCO, *Addendum to IOSCO Report on Investigating and Prosecuting Market Manipulation*, Abril 2013.

Disponible en <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/ioscopd411.pdf>. Consultado 08-01-2025.

- 14 Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado), en adelante DAM II.
- 15 En cuanto al requisito de haber llevado a cabo medidas de armonización previa en la materia, basta con poner la vista en la DAM I y sus disposiciones complementarias y de desarrollo, así como también en la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada.
- 16 Reglamento (UE) N.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión, en adelante RAM.
- 17 Nota de Prensa de la CNMV de 5 de julio de 2016. Disponible en <https://www.cnmv.es/web/services/verdocumento/?e=B45fXsg808CcL2RiueecC6EpI%2biFFPy6xtr5zzoQYHnOdGaF6bum0sBLRRNhVht>. Consultado 04-01-2025.
- 18 VERVAELE, J.: “¿Hacia una reevaluación europea del derecho punitivo?”, *Revista Penal*, n.º 52, 2023, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 260-286. Disponible en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/article/view/86>, consultado el 06-01-2025.

las autoridades europeas y nacionales han contribuido significativamente en proceso de integración europea con consecuente impacto en las legislaciones nacionales. Al respecto, hay voces que argumentan que en el campo del Derecho Administrativo Sancionador se ha llegado a alcanzar ya no un grado de armonización, sino de unificación¹⁹. Esto se observa con facilidad al constatar el establecimiento de una normativa directa de aplicación a todos los Estados Miembros (RAM), una norma “marco” de armonización (DAM II) y, la presencia de un organismo europeo independiente con facultades de supervisión y coordinación sobre todos los organismos reguladores y supervisores nacionales, la Autoridad Europea de Valores y Mercados.

2. Manipulación de mercado en la normativa europea

En líneas generales, la DAM establece cuatro supuestos principales en los que considera que una determinada conducta puede suponer una manipulación de los precios mercado. En primer lugar, refiere a ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra conducta que bien transmita señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con él, o bien fije en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos.

En segundo lugar, también sanciona ejecutar una operación, dar una orden de negociación o cualquier otra actividad o conducta que afecte, mediante mecanismos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio, al precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado con ellos.

En tercer lugar, también se recoge la difusión de información a través de los medios de comunicación, incluido internet, o por cualquier otro medio, transmitiendo así señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, o pudiendo así fijar en un nivel anormal o artificial el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato de contado sobre materias primas relacionado, cuando las personas que difundieron la información en cuestión obtengan de ella una ventaja o un beneficio para sí mismas o para terceros.

En cuarto lugar, la transmisión de informaciones falsas o engañosas, la suministración de datos falsos o engañosos, o cualquier otra conducta que suponga una manipulación del cálculo de un índice de referencia.

Por su parte, el art. 12.2 del RAM establece que se presumirán manipulación de mercado, entre otras, las siguientes conductas:

- a. la intervención de una persona, o de varias en concierto, para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero, de

19 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 49 y ss. En este sentido, merece adelantar que nuestra ley del mercado de valores en cuanto a las sanciones referidas a los abusos de mercado realiza remisiones directas al propio RAM.

un contrato de contado sobre materia primas relacionado o de un producto subastado basado en derechos de emisión, que afecte o pueda afectar a la fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o que cree o pueda crear otras condiciones de negociación no equitativas.

- b. la compra o venta de instrumentos financieros, en el momento de apertura o cierre del mercado, que tenga o pueda tener el efecto de inducir a confusión o engaño a los inversores que operen basándose en las cotizaciones mostradas, incluidas las cotizaciones de apertura o de cierre.
- c. la formulación de órdenes en un centro de negociación, incluidas la cancelación o modificación de las mismas, a través de cualesquiera métodos de negociación disponibles, incluidos los medios electrónicos, como las estrategias de negociación algorítmica y de alta frecuencia, que produzca alguno de los efectos contemplados en el apartado 1, letras a) o b), al: i) perturbar o retrasar el funcionamiento del mecanismo de negociación utilizado en el centro de negociación, o hacer que ello tenga más probabilidades de ocurrir, ii) dificultar a otras personas la identificación de las órdenes auténticas en el mecanismo de negociación del centro de negociación, o aumentar la probabilidad de dificultarla, en particular introduciendo órdenes que den lugar a la sobrecarga o a la desestabilización del carné de órdenes, o iii) crear, o poder crear, una señal falsa o engañosa sobre la oferta y demanda o sobre el precio de un instrumento financiero, en particular, emitiendo órdenes para iniciar o exacerbar una tendencia.
- d. aprovechar el acceso, ocasional o regular, a los medios de comunicación, tradicionales o electrónicos, para exponer una opinión sobre un instrumento financiero, contrato de contado sobre materias primas relacionado o producto subastado basado en derechos de emisión (o, de modo indirecto, sobre el emisor de los mismos) después de haber tomado posiciones sobre ese instrumento, contrato o producto subastado basado en derechos de emisión, y, a continuación, aprovechar los efectos que las opiniones expresadas tengan sobre el precio de dicho instrumento, contrato o producto subastado basado en derechos de emisión, sin haber revelado al público simultáneamente el conflicto de intereses de una manera adecuada y efectiva.
- e. la compra o venta en el mercado secundario, antes de la subasta prevista en el Reglamento (UE) no 1031/2010, de derechos de emisión o de instrumentos derivados relacionados con ellos, con el resultado de fijar el precio de adjudicación de los productos subastados en un nivel anormal o artificial o de inducir a confusión o engaño a los oferentes en las subastas.

Además, el RAM en su Anexo I prevé y define una serie de indicadores no exhaustivos de uso de mecanismos ficticios o de cualquier otra forma de engaño o artificio para alterar los precios, y, asimismo, de señales falsas o engañosas y de fijación de los precios. Por una parte, respecto a estas últimas habrá que poner especial atención a:

- a. En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas representan una proporción significativa del volumen diario de operaciones del correspondiente instrumento financiero, el contrato de contado sobre materias primas relacionado o el producto subastado basado en derechos de emisión, en especial cuando estas actividades produzcan un cambio significativo en los precios;
- b. En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas por personas con una posición significativa de compra o venta en un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o un producto subastado basado en derechos de emisión producen cambios significativos en el precio de ese instrumento financiero, contrato de contado sobre materias primas relacionado o producto subastado basado en derechos de emisión;
- c. Si las operaciones realizadas no producen ningún cambio en la titularidad final de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o un producto subastado basado en derechos de emisión.
- d. En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas o las órdenes canceladas incluyen revocaciones de posición en un período corto y representan una proporción significativa del volumen diario de operaciones del correspondiente instrumento financiero, el contrato de contado sobre materias primas relacionado o el producto subastado basado en derechos de emisión, y pueden estar vinculadas a cambios significativos en el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o un producto subastado basado en derechos de emisión.
- e. En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas se concentran en un período de tiempo corto en la sesión de negociación y producen un cambio de precios que se invierte posteriormente.
- f. En qué medida las órdenes de negociar dadas cambian los mejores precios de demanda u oferta de un instrumento financiero, contrato de contado sobre materias primas relacionado o producto subastado basado en derechos de emisión, o en general la configuración del carné de órdenes disponible para los participantes del mercado, y se retiran antes de ser ejecutadas.
- g. En qué medida se dan las órdenes de negociar o se realizan las operaciones en el momento específico, o en torno a él, en que se calculan los precios de referencia, los precios de liquidación y las valoraciones y producen cambios en los precios que tienen repercusión en dichos precios y valoraciones.

Por otra parte, en cuanto a los indicadores de manipulaciones relacionadas con el uso de un mecanismo ficticio o cualquier otra forma de engaño o artificio para la alteración de precios, habrá que atender por un lado a si las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas por cualesquiera personas van precedidas o seguidas de la difusión de información falsa o engañosa por esas mismas personas o por otras que tengan vinculación con ellas. Por otro lado, deberá analizarse si las órdenes de negociar o las operaciones son realizadas por cualesquiera personas antes o después de que

esas mismas personas u otras que tengan vinculación con ellas presenten o difundan recomendaciones de inversión que sean erróneas, sesgadas o pueda demostrarse que están influidas por un interés importante.

A mayor abundamiento y de forma ilustrativa, se cuenta con la existencia de unas directrices que ayudan notablemente a esclarecer cuándo un comportamiento de los agentes en el mercado de valores pasa de ser una mera operativa “diaria” o un riesgo permitido a configurarse como una eventual manipulación de los precios²⁰.

Transacciones Falsas o Engañosas (*False/Misleading Transactions*)

- *Wash Trades*: En suma, se agrupan bajo esta denominación las operaciones que no suponen un cambio de titularidad real. Los intervinientes actuando de forma concertada o en connivencia celebran acuerdos para la compra o de un instrumento financiero en los que no se produce ningún cambio en los intereses beneficiosos o en el riesgo de mercado, o en los que la transferencia de intereses beneficiosos o de riesgo de mercado se produce únicamente entre partes que actúan de forma concertada o en connivencia.

- *Painting de Tape* (Alteración del registro de operaciones): Este comportamiento consiste en realizar transacciones por volumen o precio significativamente superiores o inferiores a los existentes en el mercado, con la intención de que dar la impresión de actividad o movimiento de precios en un instrumento financiero en un sentido determinado, estimulando así una corriente compradora o vendedora, que beneficie al manipulador²¹.

- *Improper Matched Orders* (Órdenes cruzadas indebidas): Similar a la anterior, estas operaciones en las que se transmiten órdenes de compra/venta de forma casi simultánea por el mismo precio y cantidad para crear un nivel de demanda artificioso. Esta situación es susceptible de estimular una tendencia compradora que fuerce la cotización al alza del instrumento financiero de la cual se verá previsiblemente beneficiado el comprador.

- Colocación de Órdenes sin intención de ejecutarlas: como reza su propio nombre, este comportamiento consiste en introducir órdenes en los sistemas electrónicos de negociación sin intención de ejecutarlas, de forma que una vez registradas estas son retiradas antes de que puedan ser materializadas. La intención que subyace es dar una impresión engañosa de que hay demanda u oferta del instrumento financiero a ese precio²².

Posicionamiento en el precio (*Price Positioning*)

- *Marking the close* (Marcaje al cierre): operaciones de compra o venta de valores o instrumentos derivados en el momento de cierre de las subastas del mercado con el fin

20 Recogidas a través del trabajo del CESR (*Committee of European Securities Regulators - Comité Europeo de Supervisores de Valores*) a razón de la explicación y orientación del funcionamiento de la DAM I materializado en la Guía CESR/04-505b. Debe destacarse que, a pesar de haber del paso del tiempo, estas orientaciones continúan teniendo una gran relevancia para identificar las posibles prácticas manipuladoras. Disponible en, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/04_505b.pdf. Consultado 11-01-2025.

21 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *El delito de manipulación de mercado*: (arts. 284.2 y 284.3 CP), Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p. 95 y ss.

22 Asimismo, indica la CESR que una variante de esta práctica que utilizan los manipuladores para salvaguardar su dinero consiste en colocar una pequeña orden para mover el precio del instrumento financiero y estar preparado para que esa orden se ejecute si no se puede retirar a tiempo.

de alterar el precio de cierre del valor o del contrato de derivado²³.

- *Colluding in the after market of an Initial Public Offer* (Colusión en el mercado secundario tras una oferta pública de emisión en el mercado primario): Operadores que han conseguido cierto nivel de accionariado o stock en el mercado primario se confabulan para comprar más tramos de acciones cuando comienza la negociación en el mercado secundario con el fin de forzar el precio del valor a un nivel artificial y generar interés por parte de otros inversores, momento en el que venden sus participaciones.

- *Abusive squeeze* (Compresión Abusiva): Operadores con una influencia significativa sobre oferta, la demanda o los mecanismos de entrega de un instrumento financiero y/o del producto subyacente de un contrato de derivados, explotan su posición dominante para distorsionar sustancialmente el precio al que otros tienen que entregar, aceptar o aplazar la entrega del instrumento/producto para satisfacer sus obligaciones. Debe tenerse en cuenta que la interacción adecuada de la oferta y la demanda puede dar lugar, y a menudo lo hace, a tensiones en el mercado, pero esto no constituye en sí mismo una manipulación del mercado. Tener una influencia significativa sobre la oferta, la demanda o los mecanismos de entrega de una inversión/producto tampoco constituye en sí mismo una manipulación del mercado

- *Creation of a floor in the price pattern* (Creación de un suelo en el patrón de precios): Mediante la realización de una serie de transacciones u órdenes sobre un instrumento financiero, las partes intervinientes en esta práctica pretenden crear obstáculos para que el precio de la acción no caiga por debajo de un determinado nivel, tratando de evitar así los posibles efectos adversos a sus intereses. Indica la CESR que esto debe distinguirse de la negociación legítima de acciones como parte de programas de recompra o de estabilización de instrumentos financieros.

- *Excessive bid-ask spreads* (Diferenciales excesivos entre precio de compra y precio de venta): Esta práctica llevada a cabo por intermediarios con cierto nivel de influencia en el mercado en cooperación con otros, consiste en la alteración del diferencial entre el precio de compra y venta para mantenerlo en niveles artificiales en su propio beneficio, abusando así de su poder de mercado.

- Operar en un mercado para posicionar indebidamente el precio de un instrumento financiero en un mercado relacionado: Esta práctica consiste en realizar operaciones en un mercado con el fin de influir indebidamente en el precio del mismo instrumento financiero o de un instrumento financiero relacionado en otro mercado. Debe resaltarse en este punto que las operaciones para aprovechar legítimamente las diferencias en los precios de instrumentos financieros o productos subyacentes negociados en distintos lugares no constituirían manipulación de mercado alguna. A modo ejemplificativo expone la CESR que realizar operaciones sobre una acción para así posicionar el precio de su derivado negociado en otro mercado a un nivel distorsionado constituiría un supuesto de manipulación.

23 Recogido expresamente en el artículo 12.2 letra b) del RAM.

Operaciones con dispositivos ficticios/engaños (*Transactions involving fictitious devices/deception*)

- *Concealing ownership* (Ocultación de la propiedad): Práctica consistente en realizar transacciones diseñadas para ocultar la titularidad real de un instrumento financiero. Para llevarla a cabo es necesario el incumplimiento de los requisitos de divulgación (*disclosure requirements*) a través de la tenencia del instrumento a nombre de una parte (o partes) en connivencia. Debe precisarse que no todos los incumplimientos *disclosure* constituyen una manipulación del mercado.

- *Pump and dump*: Práctica consistente en tomar una posición larga sobre un valor, emprendiendo a continuación una actividad de compra y/o difusión de información positiva falsa con el objetivo de crear artificialmente una tendencia alcista. Una vez el precio alcanza un nivel determinado, el manipulador procede a vender sus valores un precio inflado²⁴.

- *Trash and cash*: En *sensu contrario* al anterior, una parte tomará una posición corta en un valor; emprenderá una actividad de venta adicional y/o difundirá información negativa engañosa sobre el valor con el fin de hacer caer su precio. El manipulador cierra entonces su posición después de que el precio haya caído.

- Abrir una posición y cerrarla inmediatamente después de su divulgación pública: Esta práctica habitualmente llevada a cabo por gestores de carteras (*portfolio managers*) y otros grandes inversores cuyas decisiones de inversión suelen ser valoradas por los participantes en el mercado como señales relevantes de la dinámica futura de los precios. La práctica manipuladora consiste en cerrar la posición previamente adquirida inmediatamente después de haberla divulgado públicamente haciendo hincapié en el largo periodo de tenencia de la inversión. Es decir, el “referente” toma una posición haciéndola pública, y una vez difundida la procede de forma inmediata a cerrarla aprovechándose de su influencia en la tendencia, ya sea esta compradora o vendedora.

Finalmente, deben señalarse otro tipo de manipulaciones operativas que tienen una relevante virtualidad práctica hoy. Fundamentalmente estas operaciones que tratan de provocar una escasez artificial de un determinado instrumento financiero con el fin de alterar su precio de cotización²⁵:

- *Parking*: modalidad de manipulación dirigida a provocar situaciones de escasez en la que se recurre a un testaferro (simulación) para ocultar la inversión que excede de los límites permitidos o libres de comunicación a la autoridad del mercado.

- *Cornering* (acaparamiento): consistente en asegurarse un control (total o parcial; pero significativo) tanto del activo subyacente (las acciones de una sociedad cotizada, p.e.)

24 Cabe destacar el caso enjuiciado por la AN en el que se verificó que, la información y promoción que se difundió por personas directamente vinculadas con la empresa promocionada, con especial interés en lograr el incremento del precio de cotización de las acciones, se ocultaron y omitieron datos que, de haber conocido el inversor, le habría hecho desistir de la adquisición de las acciones. Auto de la Audiencia Nacional 74/2020, de 18 de diciembre (ECLI:ES:AN:2020:5936A).

25 Modalidades extraídas de ESTRADA CUADRAS, A.: “Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2014, p. 15 y ss.

como del activo derivado (contratos de futuros respecto de dichas acciones, p.e.), de modo que el acaparador pueda controlar, en un momento posterior en el tiempo, el precio del activo derivado, manipulando así la libre formación de precios del mercado.

3. Análisis estadístico del abuso de mercado

Las diferentes características de los mercados de valores de cada EM, la cantidad y calidad de las órdenes y operaciones sospechosas recibidas por las ANC's y la dificultad intrínseca para demostrar la existencia de las manipulaciones de precios complica todavía más, si cabe, la sanción de estos comportamientos²⁶.

La AEVM viene advirtiendo que, dado que los casos de abuso de mercado requieren investigaciones exhaustivas, el número de sanciones y otras medidas impuestas no llegan a proporcionar una imagen o representación fiel de las actividades de abuso de mercado llevadas a cabo en realidad.

Asimismo, a pesar de la introducción de la DAM II y el RAM, todavía quedaron latentes algunos problemas en la aplicación de las sanciones a las conductas abusivas. En este sentido, la propia AEVM refleja en su informe anual del año 2019 que durante el 2018 se estaban dictando sanciones paralelas basadas en la DAM I, la cual fue precisamente derogada por la DAM II y el RAM²⁷. Sumado a lo anterior, la AEVM considera que el actual marco jurídico sobre la aplicación transfronteriza de las sanciones deja margen de mejora²⁸.

Europa

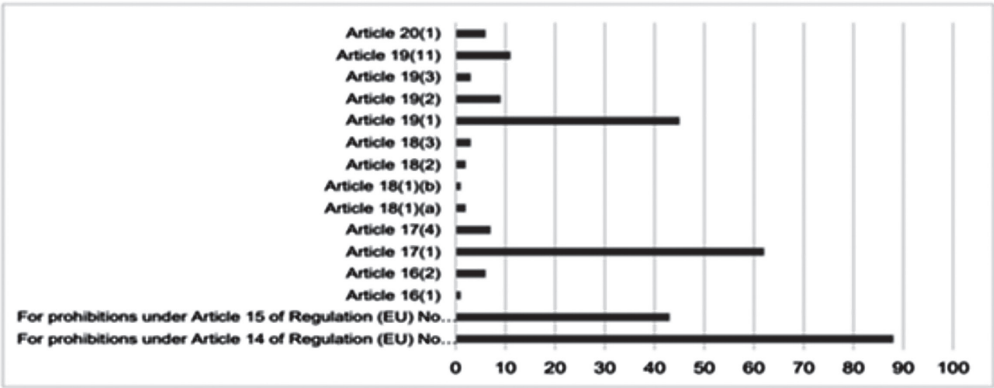
Tomando como referencia el último informe anual disponible de la AEVM sobre sanciones y medidas impuestas en el año 2023 en el ámbito de los mercados financieros a nivel de la UE²⁹, en lo relativo a lo que ahora interesa, las conductas de abuso de mercado y aplicación del RAM, se observa que las sanciones por el abuso de información privilegiada (artículo 14 RAM) supusieron el doble que las impuestas por operaciones de manipulación de precios (artículo 15 RAM).

26 ESMA. *MAR Review Report*. 23 September 2020 (ESMA70-156-2391). Disponible en, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-156-2391_final_report_-_mar_review.pdf.

27 ESMA, *Annual Report*. 2019. Disponible https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma20-95-1264_2019_annual_report_0.pdf. Téngase en cuenta que el 2018 tanto la DAM II como el RAM ya se encontraban plenamente en vigor.

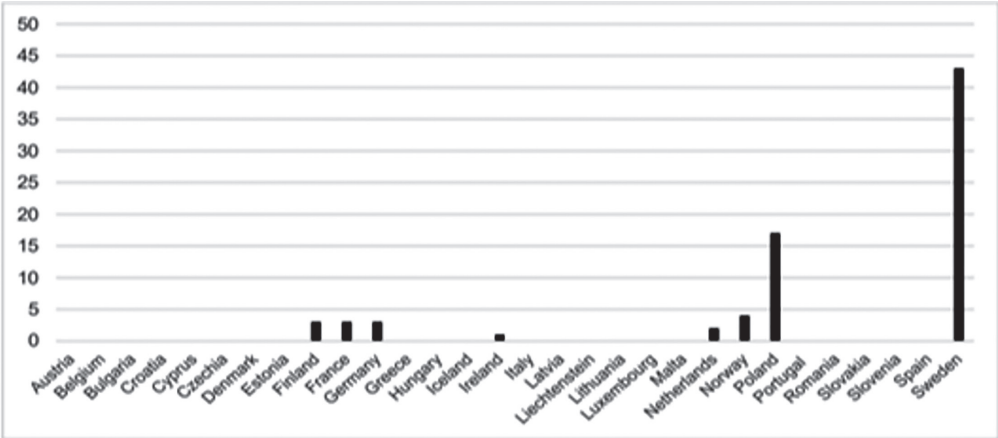
28 A tal fin, recomienda a la Comisión Europea que considere la posibilidad de modificar el marco jurídico actual sobre la aplicación transfronteriza de las sanciones financieras impuestas en virtud del RAM con el objetivo de facilitar la persecución de estos comportamientos. Para un análisis más completo sobre este extremo, véase el punto 11.2 “*Cross Border enforcement of sanctions*” de *MAR Review Report* ESMA23 September 2020 (ESMA70-156-2391). En especial, la AEVM, a petición de la Comisión Europea examinó el posible uso la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo en el reconocimiento y ejecución de sanciones de carácter pecuniario, a raíz de la interpretación ofrecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto Baláz (C-60/12), en el cual se abordaron algunos de los términos clave de la Decisión Marco: “tribunal competente, en particular, en materia penal” y la necesaria “oportunidad de que un asunto sea juzgado ante un tribunal competente, en particular, en materia penal”.

29 ESMA Report: *Sanctions and measures imposed under AIFMD, BMR, CSDR, EUCPR, EMIR, MAR, MiCA, MiFID II - MiFIR, PR, SFTR and UCITS in 2023*. 11 de octubre de 2024 (ESMA43-1527801302-1333). Disponible en https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-10/ESMA43-1527801302-1333_Annual_Sanctions_Report.pdf.



Fuente: Cálculos de los expertos de la AEVM basados en los informes de las ANC sobre las sanciones de carácter administrativo impuestas al amparo del RAM.

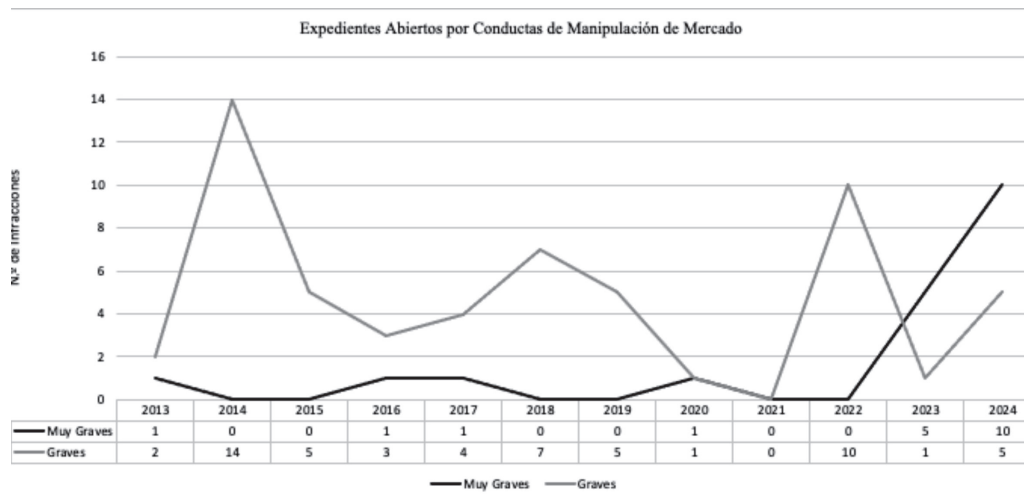
En cuanto a las sanciones de carácter penal, llama la atención que en España no ha sido comunicada la imposición de sanción penal alguna por manipulación de mercado.



Fuente: Cálculos de los expertos de la AEVM basados en los informes de las ANC sobre las sanciones de carácter penal impuestas al amparo del RAM.

España

A modo ilustrativo, se expone a continuación una recopilación de los expedientes abiertos por la CNMV por conductas de manipulación de precios desde el año 2013 al 2024. Se observa que, en los 10 últimos años no es posible observar una tendencia definida, ni siquiera una esperable subida en la detección de estos comportamientos a partir del año 2014 en adelante con motivo de la promulgación del RAM. Sin embargo, resulta llamativo que en el año 2022 y en el 2024 ha habido un repunte de expedientes por manipulaciones de precios.



Fuente: elaboración propia a partir de los Informes Anuales de la CNMV 2013-2024.

Expuesto lo anterior, conviene realizar una serie de apreciaciones relativas al último Informe Anual de la CNMV disponible³⁰. En líneas generales, se ha registrado un incremento de expedientes sancionadores incoados con respecto al año precedente (25 frente a 17 el año anterior), debiendo destacar que las relativas al abuso de mercado (información privilegiada y manipulación de mercado) conformaron el 58% del total.

II. CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE MANIPULACIÓN DE PRECIOS

A diferencia de la sanción administrativa, la finalidad de la regulación por medio de normas penales de aquellos comportamientos que pretenden alterar una correcta formación de precios derivada de la libre concurrencia de la oferta y la demanda es otorgarle un mayor reproche a aquellas que supongan un especial desvalor del hecho lesivo en casos en los que dicha alteración ocasione una distorsión (adicional) en el funcionamiento del mercado³¹.

En esta línea, debe apuntarse que coexiste una legislación administrativa paralela sobre estas conductas que se solapa en gran medida con la vía penal, cuestión de suma relevancia que será tratada posteriormente³². Cabe adelantar que la jurisprudencia ha venido estableciendo que, en cuanto a la doble línea de incriminación penal y administrativa de las manipulaciones de precios, debe tomarse como preferente la primera.

30 Informe Anual de la CNMV del año 2024. Disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/Informe_Anual_ES_2024.pdf. Consultado el 31-01-2025.

31 PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores", *Revista Nuevo Foro Penal*, Volumen 10, n.º 82, 2014, p. 35 y ss. Sobre la especial distorsión en el mercado, señala acertadamente que, en condiciones normales, deberá entenderse por la producción de costes económicos relevantes de forma que se aumente la ineficiencia del mercado en tanto que este es un mecanismo de coordinación en el intercambio de bienes y servicios.

32 Principalmente, con la LMV; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ahora bien, una de las pautas más importantes para ello radica en los medios comisivos empleados para desplegar la actividad ilícita, *grosso modo*, la difusión de noticias falsas, el empleo de amenazas o engaño, abuso de posición dominante o la transmisión de señales falsas y operaciones sobre la oferta y la demanda, etc., siendo indiferente que como resultado la alteración de los precios fuese al alza o a la baja, pues de lo que se trata es de obstaculizar su libre formación mediante el empleo de los medios descritos en el articulado³³.

Históricamente, aunque con más diferencias que similitudes, el delito de manipulación de precios del mercado ha estado presente en el ordenamiento jurídico español desde el CP de 1848.

Hoy, se encuentra ubicado en el artículo 284 del Código Penal (CP en adelante)³⁴, enmarcado en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II. Esta sección (*“De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”*) se compone y estructura de un articulado prácticamente sin precedentes en el código penal anterior, pudiendo distinguir tres grupos de delitos: los delitos que castigan la violación de los secretos empresariales (arts. 278, 279 y 280), los que preservan los intereses económicos de los consumidores, esencialmente de naturaleza difusa (arts. 281, 282, 282 bis y 283) y, finalmente, aquellos que sancionan conductas que atacan el libre mercado o la competencia (arts. 284, 285, 285 bis, 285 ter, 285 quater y 286)³⁵.

Como se adelantó previamente, la normativa europea armonizadora en materia de competencia y de abuso de mercado tiene un impacto de gran calado en las legislaciones nacionales. En este sentido, con motivos como la crisis financiera y la transposición de la DAM I, se introduce al ordenamiento español la L.O. 5/2010 que realiza una reforma estructural del CP con especial incidencia en el ámbito financiero³⁶. Tras esta reforma, frente a un antiguo aglutinamiento de las conductas del delito de manipulación de mercado, la acción típica pasa a configurarse desde entonces en tres conductas diferenciadas: la manipulación mediante la amenaza o engaño (284.1.1º), las manipulaciones informativas (284.1.2º) y las manipulaciones operativas (284.1.3º).

Ahora bien, a pesar de que los delitos de abuso de mercado, 284 y 285 CP, ya se sancionaban, con anterioridad a la aprobación de la DAM II, estas no abarcaban todos los supuestos específicamente referidos en la norma europea. En cumplimiento de las exigencias de legalidad y tipicidad penal exigidas por la DAM II, mediante la introducción de la L.O. 1/2019 se pasan a sancionar aquellas manipulaciones que revistan especial gravedad³⁷.

33 Sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Madrid 205/2007, de 16 de febrero (ECLI: ES:AN:2011:11A), citando a otras muchas.

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

35 LUZÓN-CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal Parte Especial (Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal, BOE 2-11-2022)*, Ed. Dykinson, 2023, p. 285 y ss.

36 La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, además de modificar de modificar notablemente el delito de abuso de mercado, en el ámbito de protección del sistema financiero introduce una nueva figura delictiva muy recurrente hoy, la denominada estafa de inversores, artículo 282 bis.

37 Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

En este sentido, se advierte una serie de modificaciones notables en cuanto a los medios comisivos, la utilización de artificios y el empleo de las tecnologías de la información para la alteración de precios; en el objeto de protección, los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y los índices de referencia; y, en la penalidad, estableciendo un notable incremento de las sanciones para cumplir con las exigencias comunitarias.

Asimismo, se exige la consideración como infracciones penales de los actos preparatorios punibles y de la tentativa de las indicadas operaciones, así como también, la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con la comisión de tales hechos delictivos.

1. Bien Jurídico Protegido y Sujeto Pasivo

El bien jurídico protegido por este delito hasta hace bien poco no era una cuestión “baladí” pues, a lo largo de los años, ha habido controversias doctrinales, ya superadas, principalmente centradas en el posible carácter individual o colectivo de este³⁸.

Sin entrar demasiado en detalle, algunos de los principales argumentos que orbitan sobre la concepción del bien jurídico protegido como bien de carácter individual sostienen que la protección se otorga sobre el patrimonio de los inversores, en razón ello de la falta de posibilidades de autoprotección que tienen, logrando así una suerte de equiparación entre inversores y consumidores³⁹. Asimismo, sobre esta visión patrimonialista⁴⁰, se argumenta que la integridad y el correcto funcionamiento del mercado constituyen bienes jurídicos protegidos de carácter mediato, en la medida en que lo principal es que los inversores dispongan libremente de su patrimonio sin poder ser manipulados⁴¹.

Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

38 A los meros efectos ilustrativos, como señala minuciosamente el Tribunal Supremo, la doctrina ha venido considerando varias perspectivas: *“Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así por algún sector se habla de la protección del «patrimonio personal de los ciudadanos». También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre concurrencia. No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos. Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria. Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios. La escasísima jurisprudencia sobre esta materia en relación con el anterior Código hacía una referencia significativa a la distinción entre los precios naturales de los precios artificiales fijados por la Administración. Actualmente el delito tiene un perfil más amplio y se centra en torno a la protección del mercado y los consumidores como bienes relevantes, que tienen incluso un reflejo constitucional en los artículos 38 y 51. Así se destaca en la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1997”*. Sentencia del Tribunal Supremo 867/2002, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2002:8984).

39 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación...*, cit., pp. 153 y ss.

40 Parte del origen de esta idea proviene de la antigua sistemática del Código Penal de 1973, en el que la serie de delitos relativos a las “maquinaciones” para alterar el precio de las cosas (actual 284 CP) se encontraban ubicados en la sección de los “Delitos contra la Propiedad”. Esta ubicación provocó que algunos autores asociaran el bien jurídico protegido de estos delitos a las ideas individuales de propiedad o patrimonio. Véase ESTRADA CUADRAS, A.: “Presente y futuro del delito...”, cit., p. 5 y ss.

41 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 65 y ss.

Esta concepción individualista del bien jurídico se ha visto superada inevitablemente por varias razones. Sin ánimo de exhaustividad en términos legislativos y al hilo de la DAM II, en el propio preámbulo de la L.O. 1/2019 se dispone que la nueva regulación del abuso de mercado se realiza “(...) con el fin de garantizar, en primer término, la integridad de los mercados financieros de la Unión y de aumentar, en un segundo plano, la protección de los inversores y la confianza en esos mercados”. De un repaso jurisprudencial, como sienta en una sentencia relativa *grosso modo* al delito de manipulaciones informativas, “(...) es claro que el bien jurídico protegido es un bien con carácter supraindividual, colectivo, el “mercado”, una vez abandonada la ubicación sistemática de las llamadas “maquinaciones” dentro del título dedicado a los delitos contra la propiedad”⁴². En la misma línea y de forma muy ilustrativa se ha pronunciado la Audiencia Nacional (AN en adelante) indicando que este delito “... protege de forma indirecta, mediata o refleja el patrimonio de los inversores, en la medida que el bien jurídico protegido primariamente es el correcto funcionamiento de los mercados. Ello sucede porque la manipulación de mercado en todas sus modalidades influye en la adecuada formación de la cotización de los valores e instrumentos financieros, perturbando así la integridad de los mercados de capitales. Esto sucede cuando se da lugar a una discrepancia entre el valor real de la sociedad cotizada y su cotización en Bolsa. Por eso, en esencia las manipulaciones informativas consisten en alterar o mantener artificialmente la cotización de un valor o instrumento financiero mediante la difusión de informaciones falsas”⁴³. Cerrando la cuestión, el Tribunal Supremo ha indicado que, el “(...) bien jurídico protegido no es el patrimonio particular de una persona en concreto sino la libre formación de los precios según las leyes del mercado”⁴⁴. Dicho esto, puede afirmarse rotundamente que el bien jurídico protegido por este delito es la integridad y correcto funcionamiento de los mercados sobre la base de una libre formación de los precios⁴⁵.

En conexión con la concepción colectiva o supraindividual del bien jurídico protegido, por cuanto se refiere al sujeto pasivo del delito, parece que resulta coherente afirmar que se trata de un sujeto pasivo colectivo, entendiendo por tal a la comunidad en general. En este sentido, algunas de las características de los bienes jurídicos colectivos institucionalizados son la titularidad compartida por el conjunto de la sociedad, su indivisibilidad y su indisponibilidad de forma individual⁴⁶.

En conclusión, la determinación del bien jurídico protegido como supraindividual y la interpretación del sujeto pasivo en idénticos términos, conlleva ciertos problemas en cuanto a la imputación del delito, por cuanto al ser una protección de carácter general, se hace necesaria una afectación tan evidente y específica que en muchos casos puede llevar a la impunidad⁴⁷.

42 Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 29 de Madrid 167/2016, de 24 de mayo (ECLI:ES:JP:2016:66).

43 Sentencia de la Audiencia Nacional 28/2017, de 17 de octubre (ECLI: ES:AN:2017:3846).

44 Sentencia del Tribunal Supremo 575/2004, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2004:3167).

45 A mayor abundamiento, pero en distinto sentido, “El bien jurídico protegido es la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, y la defensa de los consumidores y usuarios, consagrada en los artículos 38 y 51 de la Constitución”, Sentencia del Tribunal Supremo 867/2002, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2002:8984).

46 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 321 y ss. Posteriormente se verán algunas de las implicaciones procesales de esta configuración.

47 AA.VV.: *Protección penal del mercado y los consumidores*, ABADÍAS SELMA, A. y BUSTOS RUBIO, M. (Dirs.),

2. Conductas típicas

A. Manipulación mediante engaño, violencia, amenaza u otros artificios

En primer lugar, el artículo 284.1.1º protege la formación de precios disponiendo que se castigarán las conductas que alteren el precio a través de medios comisivos como violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio⁴⁸.

Se establecen como objetos de protección material los precios resultantes de una libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, y una cláusula genérica que engloba a los servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación⁴⁹.

Por una parte, dado que ni la violencia ni la amenaza se manifiestan como los medios comisivos más idóneos para intentar alterar los precios del mercado, dichos medios resultarán relevantes en la medida que en que se despliegan sobre una o varias personas con capacidad para alterar los precios⁵⁰. Por otra parte, algunos de los medios comisivos empleados para describir la conducta podrían constituir por sí mismos otro ilícito penal⁵¹, pudiendo producirse por tanto una situación de concurso de delitos. Frente a ello, se opta de forma mayoritaria tanto por la doctrina y la jurisprudencia que estos otros ilícitos penales queden absorbidos por el artículo 284 CP siempre y cuando no tengan una entidad suficiente por sí mismos que permita diferenciarlos, haciendo especial alusión a los supuestos de violencia o amenazas no graves⁵².

A pesar de referenciar cuáles son los medios comisivos de esta conducta, no se especifica con claridad cuáles son los comportamientos concretos que darían lugar a la alteración efectiva de los precios. Así, en relación al principio de intervención mínima del Derecho Penal, se apunta que deberán ser actuaciones de cierta gravedad y que, sobre

“El delito de manipulación de precios de mercado del art. 284 cp: una ultraprotección del subsistema económico funcionalmente incorrecta” BARDAÑO CARLOS, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, Capítulo VI.

48 Como señala algún autor, esta conducta constituye una modalidad particularmente intolerable de agresión al bien jurídico, integrando el desvalor objetivo de la acción propio de este delito y que, en definitiva, esta configuración permite su división o diferenciación con las infracciones previstas en el Derecho de la Competencia. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 413-441.

49 En este sentido, ha de advertirse, que la conducta típica del artículo 284.1.1º CP, no viene referida exclusivamente a los mercados financieros, sino que engloba a todos los mercados. Baste para constatarlo con ver la fórmula genérica expuesta de los objetos de protección.

50 Auto de la Audiencia Nacional (N.º Rec. 46/2011), de 30 de agosto (ECLI:ES:AN:2011:52A). A mayor abundamiento, habida cuenta de que los medios comisivos pueden incidir sobre un tercero utilizado instrumentalmente para la comisión del delito, algunos autores apuntan a la posibilidad de la autoría mediata, En este sentido, BRAGE CENDÁN, S.: *Los Delitos de alteración de precios en el Código Penal:(especial referencia a los artículos 262, 281 y 284)*, Tesis Doctoral, p. 258 y ss.

51 El propio artículo 281.1.1º contiene un inciso que reza “(...) sin perjuicio de la pena que pudiese corresponderles por otros delitos cometidos”. En concreto, véanse los delitos de lesiones (artículo 147 y ss. CP), amenazas (artículo 169 y ss. CP) o las coacciones (artículo 172 y ss. CP). Al respecto del engaño, se señala que el uso de engaño como modalidad típica se solapa, en cierta medida, con la difusión de noticias falsas, por cuanto engaño es la “falta de verdad en lo que se hace o se dice”, Auto del Juzgado Central de lo Penal n.º 2 46/2011, de 30 de agosto (ECLI: ES:AN:2011:52A).

52 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

todo, revistan una “idoneidad” relativa para afectar a la formación de los precios⁵³.

En cuanto a la consumación del delito, esta se produce con una efectiva alteración de los precios, quedando en grado de tentativa aquellos supuestos en los que a pesar de haber empleado algunos de los medios comisivos descritos (violencia, amenaza, engaño u otro artificio), no lleguen a producir una verdadera alteración del precio, configurándose de esta forma como un delito de resultado⁵⁴. En esta línea señalan algunos autores que, del resultado de la alteración de precios, cabe predecir de forma racional una eventual modificación sustancial del patrón de interacción de los operadores intervinientes en el mercado, sin que llegue a ser necesario para la consumación que los agentes modifiquen el comportamiento⁵⁵.

De forma ejemplificativa⁵⁶, y tratando de ofrecer matices de aplicación de este delito con alguno de los medios comisivos que lo integran, merece la pena hacer alusión a la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña⁵⁷, en la que se consideran probados los siguientes hechos: *“la Asociación de Mejilloneros de Cabo de Cruz, en Boiro, tenía la intención de descargar mejillón para procurar su distribución en el mercado. Ello motivó que mejilloneros de otras zonas de Pontevedra se organizaran en un grupo muy numeroso de personas con el fin de impedirla, (...) ese día un grupo de unas 30 personas encabezadas por el acusado Bruno impidió la entrada del camión OR-1049-G propiedad de Mariscos Arcade S.L., que se dirigía a cargar mejillón. Una vez apeado el conductor el propio Bruno trató de quitar el freno de mano del vehículo a la vez que el grupo comenzó a empujarlo con la intención de arrojarlo al mar, lo que fue evitado por miembros de la Guardia Civil, que no evitó que desde ese grupo se lanzaran piedras (...)”*. Posteriormente el mismo día, *“(...) se reanudó la carga de mejillón en el camión PO-6099-AM y cuando éste estaba cargado y se disponían a cargar el camión OR-1049-G, alrededor de las 20,30 horas, se reprodujeron los incidentes por parte del grupo capitaneado por el Sr. Bruno, mediante el lanzamiento de piedras, habiéndose llegado a rajar la rueda de este segundo camión para impedir su maniobrabilidad”*.

A pesar de que se imputaba a los acusados el delito de coacciones y el de manipulación de los precios del mercado del mejillón, la Audiencia termina por condenar únicamente por el artículo 284 CP, (con la redacción vigente en aquel momento), siendo el distintivo a juicio del órgano colegiado en el que la finalidad del empleo de esa violencia era alterar

53 ESTRADA CUADRAS, A.: “Presente y futuro del delito...”, cit., p. 7 y ss.

54 En este sentido, los apartados 2º y 3º del artículo 284.1 CP debido a la deficiente técnica legislativa empleada en la transposición continúan siendo objeto de profundo debate en cuanto a la concepción de su naturaleza como delitos de actividad o de resultado.

55 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

56 Véase también, el caso de inadmisión de una querrela dirigida contra compañías de servicios VTC por el delito de alteración del precio de las cosas con engaño, por considerar que en este sector del servicio de transporte de viajeros no rigen las reglas de la libre competencia, no hay una libre concurrencia de empresas, al estar regulado administrativamente el otorgamiento y número de licencias, tarifas de precios y condiciones del servicio, concluyendo que no concurre el núcleo de la conducta típica de intentar alterar los precios resultantes de la libre concurrencia con engaño, pues la formación de los precios en este mercado de servicios se constituye con cierta relación a las políticas económicas del estado. Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 3 de Madrid, N.º Rec. 39/2019, de 3 de octubre (ECLI: ES:AN:2019:1860A).

57 Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (N.º Res. 23/2002), de 12 de febrero (ECLI:ES:APC:2002:390).

el precio de venta del mejillón, así como también la obtención de un beneficio para los acusados derivados de estas actuaciones impeditivas sobre la descarga del mejillón.

B. Manipulaciones informativas

El art. 284.1.2º CP dispone que el hecho típico consiste en la difusión de *“noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio”*.

El abanico de medios comisivos recogidos para la difusión de la información falsa o parcialmente falsa es muy amplio; *“(...) a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio...”*. Así, resulta indiferente que esta difusión se realice por de forma directa o indirecta por el sujeto activo, siempre y cuando se dé el requisito de que su actuación vaya encaminada a alterar o preservar el precio de cotización de alguno de los objetos materiales de protección del precepto. Debe precisarse que en relación a las recomendaciones de inversión por la vía de las redes sociales, el propio RAM dispone en su Considerando n.º 45 que, *“(...) la difusión de información falsa o engañosa a través de internet, incluidos sitios de redes sociales o blogs no atribuibles, debe considerarse, a efectos del presente Reglamento, abuso de mercado, al igual que cuando se comete a través de canales de comunicación más tradicionales”*.

Asimismo, dado el recurrente carácter de utilización de medios de comunicación y difusión en esta modalidad de conducta⁵⁸, se suscita la posibilidad de aplicación de las reglas establecidas por el art. 30 CP sobre responsabilidad penal en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, creando una suerte de responsabilidad en cascada⁵⁹.

En cuanto a la idoneidad de la información divulgada, por una parte, las noticias o rumores difundidas para alterar el precio, deberán de tener un contenido eminentemente económico de forma que, aquellas que de por sí no tengan contenido económico deberían quedar fuera del alcance del tipo⁶⁰.

58 Para que las noticias puedan llegar a tener un impacto sobre los precios del mercado, estas deberán tener una gran repercusión, constituyéndose así los medios de comunicación relativamente eficaces para ello. En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 189/2017, de 30 de marzo (ECLI:ES:APM:2017:4264), Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 29 de Madrid 167/2016, de 24 de mayo (ECLI: ES:JP:2016:66) o Auto del Juzgado Central de lo Penal n.º 2, 46/2011, de 30 de agosto (ECLI: ES:AN:2011:52A).

59 AA.VV.: *Protección penal del mercado y los consumidores...*, cit., Capítulo VI.

60 AA.VV.: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal 9ª Edición*, MORALES PRATS, F. (Coord.) y QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico”, MORALES GARCÍA, O., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, p. 909 y ss. A mayor abundamiento, se señala también título ejemplificativo que los datos referidos al fracaso de una importante investigación para desarrollar una nueva línea de producto o la enfermedad de un directivo o un empleado alta cualificado, no resultarían subsumibles en el tipo por resultar ser un alcance demasiado amplio. En este sentido DOVAL PAIS, A.: “La confusa armonización de los delitos de manipulación de mercado (art. 284 cp) por la L.o. 1/2019”, *Revista de Estudios Penales Y Criminológicos*, Volumen 40,

Por otra parte, indican algunos autores que la información suministrada deberá de tener una virtualidad suficiente que permita producir una modificación en el precio, bien sea al alza o a la baja⁶¹. Además, se establece la exigencia que los datos suministrados han de ir necesariamente referidos a personas o empresas⁶².

El tipo exige la concurrencia de un elemento subjetivo consistente en la intención de alterar los precios⁶³, dado que, el propio tenor establece que la difusión se realice “a sabiendas” de la falsedad total o parcial de los datos económicos ofrecidos. Además, no se castigan los hechos imprudentes en los que hubiera resultado exigible que el sujeto conociera la falsedad de la información o la difunda considerando la probabilidad de su falsedad⁶⁴. Ahora bien, matizando, una parte de la doctrina entiende que, la divulgación de juicios de valor sobre el mercado deberán constituirse como conductas atípicas salvo que por ejemplo, constituyesen rumores falsos objetivos, sin base fáctica y no meras recomendaciones⁶⁵.

En cuanto al resultado, al igual que en las manipulaciones operativas, aunque con una redacción deficiente⁶⁶, se exige que para que se dé el elemento de injusto típico del delito será necesario que concorra alternativamente alguno de los siguientes requisitos:

- Que, como consecuencia de la conducta se obtuviera, para sí o para tercero, un beneficio superior a doscientos cincuenta mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- Que el importe de los fondos empleados fuera superior a dos millones de euros;
- Que se cause un grave impacto en la integridad del mercado.

De modo ilustrativo, cabe señalar el conocido como “*Caso Titánica*” en el que se condenó por esta modalidad de manipulación informativa. Así, la persona física imputada realizó una serie de operaciones de compra de acciones de Banco Popular, financiadas por Fortis Bank y, con el fin de evitar la ejecución de las garantías sobre acciones del Banco Popular, difundió información falsa sobre una supuesta oferta pública de adquisición (OPA) por parte de inversores mexicanos montando además un entramado empresarial para ello. Esta información fue publicada en varios medios de comunicación,

2020, Universidad de Santiago de Compostela, p. 142 y ss. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.40.6216>.

61 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

62 Esta delimitación del objeto material no aparece expresamente recogida en la DAM II, sino que es una obra propia del legislador español. En este sentido, se apunta a posibles lagunas de punibilidad y de configuración de estas difusiones como atípicas en caso de difundir datos o información falsa que no vayan referidos a dichos sujetos, por ejemplo, sobre las autoridades reguladoras. A mayor abundamiento, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

63 Sentencia de la Audiencia Nacional 6/2015, de 6 de marzo (ECLI:ES:AN:2015:611).

64 Memento. *Derecho Penal 2024*. Lefebvre. Actualizado a 19 de octubre de 2024.

65 AA.VV.: *Protección penal del mercado y...*, cit., Capítulo VI.

66 El precepto tras exponer la conducta y de forma previa a exponer los parámetros económicos requeridos reza que “(...) cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concorra alguna de las siguientes circunstancias (...)”. Esto puede dar a entender el beneficio como presupuesto imprescindible del resultado, sin embargo, la referencia en los parámetros económicos al “perjuicio” descarta tal requisito. En este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

provocando según se desprendió de los informes periciales un aumento significativo en el volumen de negociación y el precio de las acciones del Banco Popular. El tribunal terminó por condenarle razonando que este había actuado con conocimiento de la falsedad de la información y con la intención de obtener un beneficio económico, imponiéndole así una pena de un año de prisión e inhabilitación para intervenir en el mercado financiero⁶⁷.

C. Manipulaciones Operativas

Esta modalidad de conducta presenta dos modalidades diferentes. La primera de ellas consiste en realizar transacciones que transmitan señales falsas o engañosas, o dar órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio sobre algunos de los objetos materiales de protección ya indicados⁶⁸.

Respecto a esta primera, se trata de realizar operaciones simuladas que supongan la creación de riesgos financieros no permitidos a través de una distorsión de la realidad y mediante las cuales se pretende instrumentalizar a posibles inversores mediante la simulación o el engaño⁶⁹.

La segunda de las modalidades de esta conducta es asegurarse, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado donde se negocien los instrumentos o contratos objeto de protección con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales⁷⁰.

Por posición dominante debe entenderse una posición que permita tener una capacidad real o poder para incidir en la fijación de los precios, impidiendo que se formen naturalmente, de modo que estos se colocan en niveles anormales o artificiales⁷¹. En este sentido, dentro del marco del paradigmático "*Caso Bankia*" en el cual se realizaron numerosas imputaciones tanto de carácter administrativo como penal por diferentes conductas, cabe destacar la confirmación por el Tribunal Supremo en confirmación de la sanción impuesta por la CNMV por manipulación de mercado mediante abuso de posición dominante: "*En síntesis, a la actora se le imputa la compra de acciones propias en unos volúmenes que suponían una posición dominante en el mercado, cuya operativa llevaba a cabo a través de cinco intermediarios financieros y actuando de forma*

67 Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 29 de Madrid 167/2016, de 24 de mayo (ECLI:ES:JP:2016:66).

68 Tanto las manipulaciones informativas como las operativas (artículo 284.1.3º CP) tienen como objeto de protección los precios de cotización de instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionado o el cálculo de índices de referencia.

69 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

70 El término incluido en esta modalidad, "*mediante la misma información*", es consecuencia de la modificación operada por la L.O. 1/2019, la cual suprimía acertadamente el requisito del uso de información privilegiada, despejando así numerosos problemas de relaciones concursales con el delito de abuso de información privilegiada (art. 285 CP). Sin embargo, se dejó erróneamente esta referencia al uso de la "misma información", dejando así una deficiente redacción que podría haberse evitado. De esta forma, este término carece del antecedente necesario, por lo que plantea un problema interpretativo y aplicativo importante. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *El delito de manipulación*, cit., pp. 153 y ss.

71 Memento 2024. *Derecho Penal*. Lefevre. Actualización 19 de octubre de 2024.

particularmente intensa en los periodos de cierre de las sesiones, y ello con la finalidad de fijar un suelo a la cotización de la acción, lo que supondría una manipulación del mercado que falseaba la libre formación de los precios”⁷².

Cuestión común a ambas modalidades y, al igual que en las manipulaciones informativas, se exigen la concurrencia de alguno de los parámetros económicos referidos al beneficio/perjuicio, importe de los fondos empleados o causación de un grave impacto en el mercado.

3. Cuestiones comunes a las conductas típicas

A. Precisiones sobre el objeto material

Como se ha podido deducir, el común denominador de las tres conductas típicas previstas por el legislador son los precios. A pesar de haber dado previamente unas nociones sobre los precios, siguiendo a autores de referencia en la materia, se hace necesario poner de relieve dos cuestiones clave entorno al “precio” que es susceptible de manipulación. Por una parte, es preciso dilucidar cómo debe interpretarse los precios a los que van referidos los preceptos y, por otra parte, cuáles son los objetos cuyos precios pueden ser alterados⁷³.

La primera cuestión se deriva de la existencia de múltiples conceptos diferentes y divergentes de precios, así pues, existen entre otros los denominados precios libres, precios autorizados y precios bajo control. Las dos últimas categorías son precios referidos a la intervención de la Administración Pública, mientras que la primera categoría, los precios libres, son aquellos resultantes de la confrontación de la oferta y la demanda en un mercado sobre un producto determinado⁷⁴.

La opción tomada por el legislador es la protección de los precios libres, en atención a la utilización de la fórmula utilizada en el apartado 1º del 284.1 CP, “(...)precios que habrían de resultar de la libre concurrencia...”. Así pues, los precios objeto de protección son aquellos derivados de la libre competencia en el mercado mediante la interacción de la oferta y la demanda sobre un producto determinado en los que no interviene la Administración para su fijación.

La segunda cuestión por dilucidar sobre los precios es la determinación de cuáles son los objetos a los que los precios van referidos. Esta cuestión ha sido respondida previamente, indicando ahora que a raíz de la introducción del art. 285 ter CP, se extiende el ámbito del objeto material del delito de manipulación de mercado (art. 284 CP) y de abuso de información privilegiada (art. 285 CP) se trata de los instrumentos financieros contratos de contado sobre materias primas, los índices de referencia y, contratos, operaciones y órdenes previstas en la normativa española y europea en materia de mercados e instrumentos financieros.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo 1071/2019, de 15 de julio (ECLI: ES:TS:2019:2495).

⁷³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

⁷⁴ Modalidades extraídas de ESTRADA CUADRAS, A.: “Presente y futuro del delito...”, cit., p. 15 y ss.

De esta forma, las manipulaciones que produzcan alteraciones del precio de cotización de los objetos indicados anteriormente, bien a través de un mantenimiento artificial o bien al alza o a la baja, pueden llegar a tener una proyección penal por cuanto pueden poner en riesgo la integridad y correcto funcionamiento de los mercados⁷⁵.

En otra instancia, el tenor literal del CP protege la formación de precios en los mercados sin determinar adecuadamente a qué mercados otorga protección, razón por la cual, se hace necesario interpretar en clave europea cuáles son objeto de protección⁷⁶. Nuevamente, ha de advertirse en este punto que el art. 284 CP, a diferencia del art. 285 CP, no circunscribe su ámbito de aplicación en exclusiva a los mercados financieros, si bien conforme a los objetivos de este trabajo, se hace especial hincapié en la protección del mercado de valores.

Dicho esto, ha de atenderse al ámbito de aplicación de la DAM II y del RAM, teniendo en cuenta las definiciones ofrecidas por la Directiva 65/2014⁷⁷ sobre el concepto de algunos de los diversos mercados a los que se hacen referencia. En este sentido, el ámbito de aplicación de la DAM II se extiende a⁷⁸:

- a. Los instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado regulado o para los que se haya solicitado la admisión a negociación en un mercado regulado;
- b. Los instrumentos financieros negociados en un sistema multilateral de negociación (SMN), los admitidos a negociación en un SMN o para los que se haya solicitado la admisión a negociación en un SMN;
- c. Los instrumentos financieros negociados en un sistema organizado de contratación (SOC);
- d. Los instrumentos financieros no comprendidos en las letras a), b) o c), cuyo precio o valor dependa de los instrumentos financieros mencionados en esas letras o tenga un efecto sobre el precio o el valor de los mismos, incluidos, aunque no de forma exclusiva, las permutas de riesgo de crédito y los contratos financieros por diferencias.

Asimismo, el RAM extiende el ámbito de aplicación a:

- a. Los contratos de contado sobre materias primas, que no sean productos energéticos al por mayor, en los que la operación, orden o conducta tenga, pueda tener o pretenda tener algún efecto en el precio o valor de un instrumento financiero... (que estuviera admitido a cotización bien en un mercado regulado, bien en un SMN o bien en un SOC).

75 MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. *El delito de manipulación...*, cit., p. 150 y ss.

76 Recuérdese que la regulación del abuso de mercado tiene un componente comunitario del que se desprende, con una mayor o menor adaptación, la legislación penal española (artículos 284 y 285 CP).

77 Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.

78 Artículo 2 DAM II.

- b. Cualquier tipo de instrumento financiero, incluyendo los contratos de derivados o los instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito, en los que la operación, orden, oferta o conducta tenga o pueda tener algún efecto en el precio o valor de un contrato de contado sobre materias primas, cuando el precio o valor dependan del precio o valor de dichos instrumentos financieros.
- c. Cualquier conducta en relación con índices de referencia.

Ahora bien, es importante destacar que cada mercado tiene sus propias características y peculiaridades que impiden considerar que la formación de los precios sea igual en todos los mercados. En este sentido, ni siquiera dentro del mercado de valores español se forman igual los precios en los mercados de renta fija, renta variable, derivados, etc. Así, solamente un análisis económico independiente de cada uno de ellos permitiría deducir como se lleva a cabo el proceso de formación de precios en su seno.

Por cuanto respecta al mercado de valores español, algunos autores ha apuntado a tres grandes características comunes: la asimetría de la información, la falta relativa de racionalidad en los procesos de formación de precios que facilita la creación de tendencias previsibles para algunos operadores, y, los rasgos monopolísticos en la medida en que las compañías cotizadas más importantes pueden actuar en connivencia o confabulación para influir en el mercado y su fijación de precios⁷⁹.

A pesar de la notable importancia de este proceso de formación de precios en vista a un estudio más exhaustivo de una eventual alteración, por ser objeto de la ciencia económica no corresponde en este trabajo analizar las peculiaridades del proceso en cada uno de los diferentes mercados que conforman el mercado de valores español. Igualmente, merece poner de relieve de cara al examen y prueba de alteración en la formación de los precios, una propuesta plausible de una parte de la doctrina que aboga por realizar primeramente una comparativa histórica de la evolución del precio de cotización así como del volumen de negociación del instrumento financiero, para posteriormente, analizar la modificación del precio y el volumen de negociación en el período inmediatamente previo a la difusión de las noticias, o en su caso, de realización de las operaciones sospechosas para poder llegar a establecer con cierta cautela un nexo causal⁸⁰.

B. Sujeto activo

La configuración del tipo no circunscribe la posición del sujeto activo a un número determinado de personas pudiendo ser cometido por un solo sujeto, lo cual lleva a concluir que no se trata de un delito plurisubjetivo⁸¹, a pesar de que existe la posibilidad de comisión por varios sujetos en régimen de coautoría o participación.

79 PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores", *Revista Nuevo Foro Penal*, Volumen 10, n.º 82, 2014, p. 35 y ss.

80 En este sentido, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 77 y ss. ESTRADA CUADRAS, A.: "Presente y futuro del delito...", cit., p. 19 y ss.

81 Sobre la innecesidad de concurrencia de varios sujetos para poder realizar el delito, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, cit., pp. 413-441.

En este sentido, cabe añadir que, en cuanto a la manipulación, la redacción da a entender que su segunda modalidad, esto es, “(...) o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante...” parece mostrar una tendencia a la coautoría y/o participación de otros sujetos en la comisión del delito, lo cual no resulta del todo extraño pues en la práctica, como ya venía señalando el CESR, muchas de las conductas manipulativas se realizan en connivencia o confabulación con otros operadores⁸².

C. Autoría y participación

Teniendo en cuenta las apreciaciones realizadas en el desarrollo de las conductas típicas, debe sintetizarse que el delito de manipulación de mercado es un delito común, siendo así aplicable a todo el mundo y no generando demasiados problemas de autoría y participación.

En este sentido, la persecución de este delito y del abuso de información privilegiada (art. 285 CP), a diferencia del resto de delitos de la Sección 3ª no requieren denuncia de la persona agraviada⁸³, lo cual evidencia aún más que se trata de delitos públicos⁸⁴.

Ahora bien, es importante el matiz de que el autor arquetípico de estas conductas normalmente es un operador del mercado, un sujeto que tiene cierto nivel de conocimiento de las reglas de organización y funcionamiento del mercado⁸⁵.

D. Penalidad

En términos penológicos, se establece para las tres conductas típicas una pena de prisión de 6 meses a 6 años y cumulativamente⁸⁶, la pena de multa de 2 a 5 años o bien del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador por un período de 2 a 5 años⁸⁷.

En otra instancia, se recogen dos clases de tipos especiales. Por una parte, el tipo cualificado del art. 284.2 CP determina que se impondrá la pena en su mitad superior si el autor se dedica de forma habitual a las referidas prácticas abusivas, o bien, que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.

82 Guía CESR/04-505b publicada en el 2004 por el CESR (*Committee of European Securities Regulators* - Comité Europeo de Supervisores de Valores).

83 A partir de la reforma del Código Penal del 2010, el nuevo artículo 287.1 CP convertía a este delito en un delito de carácter público: “Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales...”.

84 Ello, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 259, 262 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

85 GÓMEZ JARA-DÍEZ, C.: *El delito de manipulación...*, cit., p. 127 y ss.

86 Préstese especial atención a que el legislador no utiliza una fórmula alternativa, de forma que ambas penas, la de prisión y la de multa, irán necesariamente aparejadas, sin poder así el órgano jurisdiccional optar entre una u otra.

87 A mayores, se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado en su caso, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado, artículo 288.1 CP.

En cuanto al primer apartado referido a la habitualidad, la doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo *grossa modo* que el sujeto activo haya cometido en tres ocasiones cualquiera de las conductas típicas descritas en el art. 284 CP (y no por las respectivas infracciones administrativas de la LMV), bajo los criterios de proximidad temporal y condena en firme⁸⁸.

Por cuanto se refiere al concepto de la notoria importancia del perjuicio/beneficio, muchos autores señalan que dicho importe deberá ser notoriamente superior a las cantidades que pueden alcanzar el beneficio obtenido o el perjuicio causado que operan como umbrales circunstanciales para la tipicidad de la conducta del art. 284.1.2º y .3º⁸⁹.

Por otra parte, el art. 284.3 CP recoge un supuesto agravado por conexión laboral y vuelve a imponer la pena en su mitad superior cuando el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación⁹⁰.

A mayores de lo anterior, cerrando este apartado penológico, tanto la tentativa como los actos preparatorios de cualquiera de las conductas de manipulación de precios pasan a ser punibles *ex artículo 285 quater*, con la pena inferior en uno o dos grados⁹¹.

4. Aspectos problemáticos

Una las principales características de los delitos contra el orden socio-económico es que, con carácter general, estos van referidos a campos o instituciones que ya son objeto de tratamiento por normas administrativas, fiscales, mercantiles o de competencia.

Esto implica que, en cierta medida, se condiciona el significado de las conductas que se pretende regular desde la perspectiva penal pues, la interpretación del significado de estos delitos va estrechamente vinculada a la configuración creada sobre las conductas ilícitas por las normas extrapenales correspondientes al ordenamiento primario, sobre el cual, el Derecho Penal procede a realizar su propia valoración⁹².

En esta línea, uno de los puntos a tener en cuenta es que hay determinados riesgos permitidos o prácticas de mercado aceptadas expresamente por la propia normativa administrativa (así como también la existencia de ciertos principios de autorregulación empresarial que son aceptados por la Administración) llegando así a una suerte de espacio de atipicidad de la conducta en algunos casos.

88 En sintonía con lo referido a las idénticas agravantes del delito de abuso de información, privilegiada, AA.VV.: *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo III*, GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), "Artículo 285", FARALDO CABANA, P., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 529 y ss.

89 DOVAL PAIS, A.: "La confusa armonización...", cit., p. 142 y ss.

90 De igual forma se prevé esta agravación por condición laboral en el abuso de información privilegiada (artículo 285.3 CP).

91 Derivado este punto de la imposición del artículo 6 de la DAM II, "(...) incitación a cometer las infracciones penales(...) tentativa de cometer cualquiera de las infracciones. Lo cual, como indican muchos autores, impide reconocer este delito como un delito formal, de actividad o de peligro según se quiera referir, quedando así patente con la exigencia de la punición de la tentativa que este se trata de un delito material o de resultado. Ahora bien, estas afirmaciones no se encuentran al margen de controversia.

92 FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *La imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021, p. 105 y ss.

Asimismo, la coexistencia de normativa administrativa y penal sobre los abusos en el mercado de valores hace necesario que se proceda a determinar a renglón seguido los principales parámetros de aplicación de una u otra.

A. Prácticas de mercado aceptadas

En el ámbito de las operaciones del mercado de valores, tanto la DAM II como el propio RAM establecen la posibilidad de determinar la admisión de una serie de prácticas de mercado, conocidas como *safe harbours*, a pesar del riesgo que pueden entrañar en la formación de precios⁹³.

Estas prácticas de mercado aceptadas (PMAs en adelante) pueden llegar a suponer una verdadera exención de la responsabilidad así como un obstáculo en su apreciación en los casos en que no lo haga el propio encaje de la conducta tanto en el tipo penal o administrativo. Ahora bien, para que se pueda considerar que el comportamiento realizado por un presunto manipulador no merece un reproche punitivo, es necesario que se cumplan dos condiciones. La primera es que la conducta del operador que efectúa operaciones debe enmarcarse en el ámbito de alguna de las PMAs expresamente recogidas, exigiéndose como segunda condición la existencia de razones legítimas para tal actuar. Es necesario matizar que una práctica aceptada en un mercado determinado no puede considerarse aplicable a otros mercados a menos que las ANC's del mercado en cuestión hayan aceptado formalmente tal práctica.

Sin ánimo de profundizar, una de las principales exigencias para su creación es analizar exhaustivamente el impacto sobre la liquidez y eficiencia del mercado mediante un procedimiento de carácter vertical y horizontal donde intervienen las ANC's y la AEVM⁹⁴. De un repaso general, por una parte, con la introducción del RAM, se prevé de forma expresa la exención de los programas de recompra y de las medidas de estabilización bajo unos estrictos límites⁹⁵. También se permite la realización de operaciones de cobertura encaminadas a protegerse contra riesgos financieros como las fluctuaciones en los tipos de interés o los tipos de cambio⁹⁶.

Por otra parte, en el mercado de valores español, la CNMV ha venido aceptando de forma expresa únicamente prácticas relacionadas con los contratos de liquidez, refle-

93 Algunos autores aluden a que el legislador europeo al intentar ofrecer una serie de pautas para establecer que prácticas de mercado son aceptadas y cuales no, ha contribuido a generar una mayor incerteza e inseguridad jurídica en los mercados, GARCÍA CASTILLO, M.: "Regulación del abuso de mercado y tokens economics", *Diario La Ley* n.º 9949, Sección Tribuna, 10 de noviembre de 2021, Ed. Wolters Kluwer, p. 3 y ss.

94 Si bien la DAM II y el RAM en su artículo 13 establecen esta posibilidad, la creación de las PMAs se concreta del Reglamento Delegado (UE) 2016/908 de la Comisión de 26 de febrero de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación sobre los criterios, el procedimiento y los requisitos para establecer una práctica de mercado aceptada, así como los requisitos para mantenerla, derogarla o modificar las condiciones para su aceptación.

95 Artículo 5 RAM.

96 Reglamento (UE) N.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, y Reglamento (UE) N.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 648/2012.

jado ello en la Circular 1/2017, de 26 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los contratos de liquidez.

B. Frontera administrativa y penal

Otro de los puntos más problemáticos de aplicación de este delito, al igual que sucede en otros delitos socio-económicos, se trata de la delimitación de la frontera entre la intervención administrativa y penal sobre estas conductas.

Como se ha ido poniendo de relieve, las conductas referidas a la manipulación de precios en los mercados de valores han venido teniendo un componente de carácter administrativo muy acusado. En este sentido, se hace necesario poner de relieve que el tenor literal de los artículos 284.1.2º y 248.1.3º CP exigen la concurrencia de algunas de las siguientes circunstancias para la aplicación de este delito:

- Beneficio superior a doscientos cincuenta mil euros o causación de un perjuicio de idéntica cantidad.
- Importe de los fondos empleados superior a dos millones de euros
- Causación de un grave impacto en la integridad del mercado.

La cuestión radica en la toma en consideración a cerca de la naturaleza de estas circunstancias como condiciones objetivas de punibilidad o bien como elementos integrantes del tipo de injusto del propio delito.

Sin ánimo de desarrollar de forma extensa la teoría jurídica del delito merece la pena dar unas brevísimas notas sobre ambas posiciones. Por un lado, las condiciones objetivas de punibilidad pueden ser interpretadas en un sentido amplio, de forma que algunos autores las incluyen en la propia definición del delito, en cuanto a que todos los requisitos o elementos del delito son condiciones objetivas de punibilidad⁹⁷. En sentido estricto, se definen estas condiciones como “(...) *la necesidad de que en el momento de realizarse la conducta delictiva concurren unas determinadas circunstancias de hecho, extrañas a la misma conducta, ajenas al agente y que no tienen que ser conocidas por el mismo, ni, por tanto, su voluntad tiene que aceptarlas o rechazarlas, para que a dicha conducta pueda imponérsela la pena con que aparece sancionada por el precepto legal*”⁹⁸. Dicho de forma más sintética, las condiciones objetivas de punibilidad estarían al margen de los criterios de imputación puesto que no deberían ser abarcadas por el dolo o la imprudencia del autor, resultando que la relevancia de estas es ajena a su propia voluntad bastando así su mera concurrencia⁹⁹.

Por otro lado, una parte de la doctrina especializada determina que la interpretación de los requisitos cuantitativos en el ámbito de los delitos económicos debe inclinarse por concebirlos como elementos del tipo del injusto¹⁰⁰. De forma más clara, conviene traer

97 LUZÓN-CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal Parte Especial (Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal, BOE 2-11-2022)*, Ed. Dykinson, 2023, p. 152 y ss.

98 LUZÓN-CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*...cit., p. 152 y ss.

99 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *La imputación objetiva*... cit., p. 105 y ss.

100 MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General, 5ª Edición*, Ed. Tirant lo

a colación un razonamiento planteado en la modalidad de abuso de mercado mediante el uso de información privilegiada (art. 285 CP), “(...)si se entiende que el beneficio económico superior a los 600.000 euros es una condición objetiva de punibilidad que no debe ser abarcada dolosamente - aunque sea meramente a título de dolo eventual-, el iniciado cometerá un delito aunque el beneficio provenga de otros factores distintos a la información privilegiada fueran totalmente imprevisibles para el infractor”¹⁰¹.

Dicho esto, observando la propia redacción del art. 5.1 DAM II, en relación con las conductas de manipulación, se obliga a los EEMM a castigar penalmente en “(...)al menos en los casos graves y cuando se haya cometido intencionalmente”, de forma que esta intencionalidad exigida, a juicio de este autor, debe ir ligada necesariamente al elemento del tipo del injusto en cuanto que las condiciones objetivas de punibilidad, como se ha expuesto, no dependen del dolo o la imprudencia del autor, sino que dependen de circunstancias externas a su conducta, por lo que en suma, resultaría contrario a la intencionalidad predicada para las sanciones penales.

A mayor abundamiento, a pesar de la controversia doctrinal y jurisprudencial¹⁰² que existe sobre la naturaleza de dichos límites, la normativa comunitaria, en concreto, la DAM II, ha obligado a castigar la tentativa de los delitos de abuso de mercado así como también los actos preparatorios punibles de forma que, a la luz de esta imposición, parece que solo cabe la consideración de estas circunstancias económicas como elementos integrantes del injusto del tipo penal¹⁰³.

En este sentido, los límites cuantitativos deben ser abarcados por el dolo del autor de forma que, para probar que la conducta es típica será necesario verificar la voluntad de obtener un beneficio para sí o un tercero o bien causar un perjuicio acorde con los parámetros indicados. Por tanto, se hace necesaria una afectación tan evidente y específica que en muchos casos puede llevar a la impunidad debido entre otros factores¹⁰⁴.

Así las cosas, la frontera entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, parece a todas luces la concurrencia de alguna de las condiciones económicas exigidas. Igualmente, merece la pena reseñar en cuanto a la infracción administrativa que las manipulaciones de mercado se consideraran como como muy graves cuando se produzca alguna de las circunstancias de:

- Alteración significativa en el precio de la cotización
- Relevancia del importe de los fondos utilizados o el volumen o el valor de los instrumentos financieros utilizados en la comisión de la infracción

Blanch, 2016, p. 654 y ss.

101 FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: *La imputación objetiva...* cit., p. 105 y ss.

102 La Sentencia del Tribunal Supremo 491/2015, de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2015:3465) resumen de forma pormenorizada la postura del Alto Tribunal en relación a los límites cuantitativos de los delitos económicos, así como también con suma claridad, aspectos muy relevantes del delito de abuso de información privilegiada (art. 285 CP).

103 *A sensu contrario*, indica la autora que concebirlos como condiciones objetivas de punibilidad impediría el castigo de la conducta típica en grado de tentativa, lo cual resultaría contrario a la DAM II. MUÑOZ MORALES DE ROMERO, Marta. “El delito de ...”. Págs. 160 y ss.

104 AA.VV.: *Protección penal del mercado y los consumidores*, cit., Capítulo VI.

- el beneficio real o potencial o las pérdidas evitadas como consecuencia de la comisión de la infracción sea relevante¹⁰⁵.

Se observan ciertas similitudes con la descripción de las circunstancias penales, aunque, a juicio de este autor, la redacción empleada resulta un tanto pobre en cuanto a que se utilizan en todos los supuestos conceptos jurídicos indeterminados con las dificultades de interpretación que conlleva esta técnica legislativa.

De este modo, los parámetros definidos en el artículo 284 CP supondrán la verdadera frontera entre la sanción penal y administrativa, independientemente de las consideraciones acerca de su naturaleza como condiciones objetivas de punibilidad o como elementos integrantes del tipo de injusto del delito.

III. CUESTIONES PROCESALES

1. Inicio de actuaciones

La CNMV es el organismo competente en materia de supervisión e inspección de los mercados de valores, constituyéndose como encargado de velar por su transparencia, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores¹⁰⁶. En sentido, la CNMV es la autoridad competente para la aplicación del RAM y para el establecimiento de las PMAs en el mercado de valores español¹⁰⁷.

En el marco de la supervisión prudencial atribuido, generalmente, para proceder con la investigación de hechos relacionados con fluctuaciones inusuales en los precios se solicita a la UVM la elaboración de un informe para esclarecer los hechos. En este sentido, del organigrama de la CNMV resulta que la Dirección General de Mercados (DGM), tiene atribuidas, entre otras, las funciones de supervisión del cumplimiento de la normativa de abuso de mercado¹⁰⁸, llevando a cabo estas *grossa modo* a través de la UVM¹⁰⁹. Tras la finalización de las investigaciones de la UVM, corresponde al Comité Ejecutivo de la CNMV, por delegación del Consejo, decidir si procede la apertura de un expediente sancionador.

Sobre las facultades de investigación previa y sus resultados en relación con una eventual vulneración de la presunción de inocencia, debe manifestarse que estas quedan amparadas por varias razones. De un lado, el juego de los artículos 1.3 del Real Decreto 2119/1993, de 3 diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, y el 55 de la LPAC¹¹⁰ establecen las posibilida-

¹⁰⁵ Artículo 297 LMV.

¹⁰⁶ Artículo 18 LMV.

¹⁰⁷ Artículos 225 y 251 LMV.

¹⁰⁸ Art. 30.3 letra d) de la Resolución de 19 de diciembre de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión. Asimismo, parte de su actuación comprende cumplimiento de las normas preventivas en esta materia (llevar a los registros de iniciados de la lista de valores sobre los que se dispone de información privilegiada, establecimiento de áreas separadas para evitar el flujo de información privilegiada, comunicación a la CNMV de operaciones sospechosas, etc.).

¹⁰⁹ Artículo 31.2 de la Resolución de 19 de diciembre de 2019, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión.

¹¹⁰ Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

des de realizar estas funciones. Por sentar la cuestión, merece la pena traer a colación la STS de 18 de octubre de 2006, la cual sienta, precisamente en relación a estas facultades de la CNMV que *“no se vulnera el derecho de defensa porque tal diligencia se haga antes de la apertura formal del procedimiento sancionador”*¹¹¹.

Delimitada la legalidad de la investigación previa y constando los hechos que la motiven, se procederá a iniciar el procedimiento administrativo sancionador mediante el correspondiente acuerdo de iniciación. Ahora bien, dado que no es objeto de este trabajo exponer el procedimiento por completo, merece la pena reseñar que este se llevará acabo de conformidad con las normas administrativas arquetípicas, la LPAC, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con algunas especialidades recogidas en los artículos 108, 110 y 112 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, el Real Decreto 2119/1993, de 3 diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, así como lo dispuesto en esta la Ley 6/2023 y su desarrollo reglamentario¹¹². Sobre estas especialidades, conviene realizar una serie de apreciaciones. En primer lugar, la inocación e instrucción de los expedientes corresponderá a la CNMV, así como también la imposición de sanciones por infracciones muy graves, graves y leves corresponderá, debiendo dar cuenta al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (actual Ministerio de Economía, Comercio y Empresa) en caso de imposición de sanciones muy graves¹¹³. En términos temporales, siempre que se siga el procedimiento ordinario, la CNMV dispondrá de un plazo máximo de un año para resolver y notificar el procedimiento, pudiendo ser ampliable de conformidad con los artículos 23 y 32 de la LPAC¹¹⁴.

En segundo lugar, durante la tramitación del expediente podrán adoptarse una serie de medidas provisionales que podrían afectar notablemente a la actividad las compañías investigadas¹¹⁵. Sin ánimo de exhaustividad merece la pena hacer mención al embargo y congelación de activos, suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones y la prohibición temporal para ejercer actividad profesional. Asimismo, otra de las especialidades propias de este ámbito es que podrá establecerse la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones a aquellas personas integrantes del órgano de adminis-

111 Sentencia del Tribunal Supremo (N.º Recurso 331/2004), de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6321).

112 Artículo 269 LMV.

113 Artículo 270 LMV.

114 En cuanto a la modalidad de procedimiento, existen dos tipos, el ordinario y el simplificado. El ordinario es de un año y el simplificado es de cuatro meses, ambos a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de iniciación. Ahora bien, de conformidad con los artículos 3 y 10 del Real Decreto 2119/1993, de 3 diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, el procedimiento abreviado solo podrá seguirse en caso de imputación de infracciones leves o, aun siendo graves, los hechos estén claramente determinados, por haberse probado en otras actuaciones sancionadoras o consignado en actas de inspección, haberse reconocido o declarado por los propios interesados, constar en registros administrativos o por otras circunstancias justificadas, se seguirá el siguiente procedimiento, salvo que la complejidad del caso justifique el empleo del procedimiento ordinario. Cabe reseñar que conforme al último Informe Anual de la CNMV, el plazo medio para la resolución de los expedientes sancionadores en general en el año 2024 ha sido de 10 meses.

115 El art. 272 LMV faculta a la adopción por parte de la CNMV de las medidas previstas en el artículo 234.3 letras e), f), i), j), k), l), m), ñ), o), q), r), s), u), w), y) y z).

tración que figuren como presuntos responsables de infracciones muy graves¹¹⁶. Frente a la adopción de cualquiera de las medidas anteriormente indicadas, el sujeto investigado podrá oponerse a ellas, teniendo la CNMV la obligación de solicitar autorización judicial a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, los cuales deberán resolver la cuestión en un plazo máximo de cinco días¹¹⁷.

En tercer lugar, en cuanto al valor probatorio del Informe de la UVM, los hechos constatados en el ejercicio de sus funciones de supervisión e inspección por el personal autorizado de la CNMV tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos o intereses se puedan señalar o aportar por las personas o entidades interesadas¹¹⁸.

En cuarto lugar, sobre la tipicidad de la conducta sancionada administrativamente, el art. 297 LMV realiza una remisión directa al RAM. Debe recordarse en este punto que conforme a la DAM y al RAM, cuando las infracciones revistan un carácter grave, esto es en el derecho interno español, cuando superen los meritados umbrales económicos, deberá procederse a la investigación penal de los hechos.

En esta línea si durante la tramitación del expediente sancionador, se considera que dicha manipulación pudiera ser constitutiva, además de una infracción administrativa, de un delito de manipulación de precios del mercado de valores, la CNMV deberá poner en conocimiento los hechos bien ante el Ministerio Fiscal o ante los órganos jurisdiccionales. Así, si fuere el caso, la CNMV en el momento de tener constancia de que se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables sea racionalmente imposible, se acordará la suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta que recaiga pronunciamiento judicial firme. En ese caso, el procedimiento administrativo sancionador quedará suspendido hasta que el pronunciamiento judicial firme sea comunicado formalmente a la CNMV.

Ahora bien, a pesar de la posible concurrencia de procedimientos administrativos y procesos penales donde el primero será independiente respecto del segundo, no cabrá imponer sanción administrativa cuando haya recaído sanción penal y exista identidad

116 Esta suspensión, salvo en el caso de paralización del expediente imputable al interesado, tendrá una duración máxima de seis meses, y podrá ser levantada en cualquier momento de oficio o a petición de aquél, debiendo la suspensión ser inscrita en el Registro Mercantil correspondiente y en los demás registros que procedan. El tiempo que dure la suspensión provisional se computará a efectos del cumplimiento de las sanciones de suspensión.

117 Artículo 234.4 LMV.

118 Artículo 238 LMV. A mayor abundamiento sobre la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador, el TS se ha pronunciado ya en numerosas ocasiones en el sentido de que "(...) *“el derecho a la presunción de inocencia, incluso en el ámbito del derecho administrativo sancionador, no se opone a que la convicción del órgano sancionador se logre través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del art. 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común”*, de forma que, a juicio de este autor, da pie a considerar acreditados los hechos constitutivos de la infracción imputada, que se muestra conforme con las exigencias constitucionales del principio de la presunción de inocencia, Sentencia del Tribunal Supremo (N.º Rec.10089/2003), de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2006:4153).

de sujeto, hecho y fundamento. En efecto, el principio general del derecho “*non bis in idem*” supone, en una de sus múltiples vertientes, que no recaiga una duplicidad de sanciones administrativa-penal en los supuestos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento¹¹⁹.

La articulación procedimental de este principio se orienta no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos, en este caso, penal y administrativo sancionador, atribuidos a autoridades de diverso orden. En aras de impedir tales resultados, se realiza una atribución preponderante a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, *prima facie*, como delitos, lo cual, es una atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia del orden penal para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de la Administración, que encuentra también respaldo en el texto constitucional.¹²⁰

En síntesis, engarzado al artículo 25 de la Constitución Española, este principio supone el derecho precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento¹²¹.

En caso de que se archivaran las actuaciones en sede el órgano administrativo deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga el pronunciamiento judicial¹²².

2. Iniciación del procedimiento penal

Engarzando con lo anterior, existen varias maneras de que las conductas sobre los precios que puedan ser de encaje en el art. 284 CP sean objeto de enjuiciamiento por la vía penal. Una de ellas, es la ya mencionada puesta en conocimiento de los hechos constatados en un procedimiento administrativo sancionador de la CNMV ante el Ministerio Fiscal o los órganos jurisdiccionales cuando estes revistieren *prima facie* carácter delictivo.

Por otro lado, este tipo penal se configura como un delito público por lo que no requiere necesariamente denuncia de la persona agraviada para su persecución¹²³. De esta forma, el Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar conforme a la LeCrim todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en

119 Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero (ECLI:ES:TC:1981:2).

120 Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre (ECLI: ES:TC:1999:177). Así, en su vertiente material, “(...) la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”.

121 Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2010, de 19 de octubre (ECLI:ES:TC:2010:77).

122 Sobre la concurrencia y cauce de procedimientos administrativos sancionadores y procesos penales, véase el artículo 271 LMV.

123 A partir de la reforma del Código Penal del 2010, el nuevo artículo 287.1 CP convertía a este delito en un delito de carácter público: “Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales...”.

las causas. Asimismo, conforme al art. 287 y siguientes de la LeCrim, la Policía Judicial podrá emprender las labores de averiguación de delitos conforme las facultades conferidas y proceder a la puesta en disposición de la autoridad judicial.

Ahora bien, una vez que el órgano judicial competente decida proceder a la imputación formal de una compañía esta revestirá las peculiaridades inherentes a las personas jurídicas¹²⁴. En primer lugar, la citación se hará en el domicilio social de la compañía, requiriendo a esta para que proceda a la designación de un representante legal, así como también de un abogado y procurador¹²⁵. La comparecencia se practicará con el representante designado acompañado del abogado de la misma¹²⁶, la inasistencia a dicho acto del representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad. En este acto, el juez informará al representante de la entidad, o en su caso, al abogado, de los hechos que se le imputan a ésta. La información deberá facilitarse por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querella presentada. De esta forma, la entidad será informada por medio de su representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como investigada le asisten.

En cuanto a las declaraciones, debe llamarse la atención a que, en caso de incomparecencia de la persona designada por la compañía para su representación, esto determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar¹²⁷. El representante legal ha de poder prestar declaración en calidad de investigado en representación de la persona jurídica si así lo considera oportuno¹²⁸.

En el caso de que, en atención a las circunstancias, prestar conformidad fuere una estrategia procesal oportuna, tanto en la audiencia preliminar como en el acto del juicio oral, esta deberá realizarla su representante que tenga poder especial para ello¹²⁹.

3. Competencia judicial

El órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento del delito será la AN, correspondiendo la instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción¹³⁰.

Esta cuestión está muy asentada en nuestra doctrina siempre y cuando se cumplan

124 Doctrina de la Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

125 Se hará esta citación con la advertencia de que, en caso de designar abogado y procurador, se procederá de oficio a la designación. Asimismo, es importante recalcar que la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designado. Además, una vez designado el procurador mutuo propio o de oficio, este sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el procurador designado todos los actos de comunicación posteriores. Artículo 119 LeCrim.

126 La comparecencia referida por el artículo 775 LeCrim que resulta de aplicación directa por el juego del artículo 119 del mismo texto.

127 Artículo 465 bis LeCrim.

128 En caso de ser simultánea o sucesivamente investigados en el mismo procedimiento tanto el legal representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, esta última puede designar un nuevo representante legal en el procedimiento si lo considera necesario para el ejercicio de su defensa. Asimismo, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado, salvo que exista conflicto de intereses.

129 Artículos 655 y 785 LeCrim.

130 Artículo 65. 1º letra (c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante). Así, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento de las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia¹³¹. Esta serie de requisitos enumerados por el legislador no son cumulativos sino alternativos, bastando la concurrencia de cualquiera de ellos que opere el criterio de atribución a la AN¹³². La concurrencia de alguno de los presupuestos competenciales establecidos tiene que aparecer suficientemente acreditado, al menos, a los efectos provisionales de la determinación inicial de la competencia, para que se altere el criterio preferente establecido en la LeCrim¹³³.

En este sentido, como muestra de la consolidada jurisprudencia al respecto, el TS resolvía por medio de auto una cuestión de competencia negativa planteada por un Juzgado de Instrucción frente a una derivación realizada precisamente por un Juzgado Central de Instrucción. Algunos de los argumentos esgrimidos por el Supremo para determinar que la competencia correspondía al Juzgado Central de Instrucción eran que *“(...) los afectados no sólo es una empresa concreta, sino los demás accionistas, los trabajadores, los titulares de bonos, y dichas personas constituyen una generalidad indeterminada y numerosa, extendida por toda España, pues la empresa es palmario que está establecida por el territorio de más de una Audiencia y así aparecen diversas protestas públicas relacionadas con el referido asunto por múltiples puntos de la geografía nacional. A ello hay que añadir, siempre según criterio del auto que se reproduce, el presunto entramado de sociedades, la presunta participación de empresas extranjeras. Y también la complejidad de la instrucción que reconoce el propio Fiscal de la A.N. en su informe cuando señala que se precisa un técnico y complejo informe de los peritos de la CNMV”*¹³⁴. Se observa que el TS aprecia la concurrencia de más de uno de los requisitos exigidos por la LOPJ, a saber, afectación de una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia y una grave repercusión en la economía nacional.

Asimismo, cabe resaltar otro de los razonamientos del tribunal matizando que *“(...) cuando a la afectación a la economía nacional, aparte de tratarse de una empresa que era del IBEX 35, es una empresa importante dentro de un sector básico para la econo-*

131 Auto del Tribunal Supremo 2048/2015, de 25 de febrero, (ECLI:ES:TS:2016:1328A). Exponiendo de forma clara que el referido precepto establece dos requisitos para que pueda atribuirse la competencia a la Audiencia Nacional:

1º- Que se trate de un delito de “defraudaciones” o de “maquinaciones para alterar el precio de las cosas”.

2º- Que se produzca o pueda producir uno solo de los resultados siguientes:

a) Grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil.

b) Grave repercusión en la economía nacional.

c) Perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

132 Se hace necesario exponer la precisión dada por el Tribunal Supremo sobre la interpretación con perspectiva restrictiva y modulada por razones teleológicas de estos requisitos, *“(...) debiendo interpretarse la expresión “generalidad de personas” en el sentido de pluralidad importante de sujetos pasivos, que cuando se encuentran dispersos por el territorio de varias Audiencias, justifican la aplicación de la norma especial de competencia”*. Auto del Tribunal Supremo 684/2024, de 1 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:10440A).

133 Auto del Tribunal Supremo 4413/2013, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:4413A).

134 Auto del Tribunal Supremo 9204/2019, de 18 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:9204A).

mía como es el de la alimentación, lo que influye clarísimamente en la formación de precios y la existencia o no de multiplicidad de precios en productos alimentarios, y que no exista uno o dos grupos monopolísticos que impongan los precios de los alimentos, lo que es vital, sobre todo para las personas con menos recursos, por lo que hay en este caso más intensa afectación a la economía nacional que en casos como los de Afinsa o Dentix, que los ha llevado o lleva pacíficamente la Audiencia Nacional”¹³⁵.

De esta forma, con atención a la referida sentencia anteriormente, la conexión de factores como el sector de actividad de la compañía que ve afectada sus precios, el posible impacto que esta alteración de los precios generaría en el mercado, la afectación a una generalidad de personas y un daño relativamente considerable a la economía serán claves para atribuir la competencia judicial a la AN¹³⁶. Además, la complejidad de los hechos también será un elemento relevante de cara a la atribución de la competencia a la AN¹³⁷.

En otra instancia, en cuanto al tipo de procedimiento por el que se sustanciará la causa, en atención a la penalidad ya indicada del art. 284 CP, este parece ser a todas luces el procedimiento ordinario abreviado¹³⁸.

4. Notas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de abuso de mercado

Al amparo del juego de los artículos 288 y 31 bis CP, las personas jurídicas pueden resultar criminalmente responsables de la comisión de este delito. Al margen de los cauces establecidos para declarar la responsabilidad de las personas jurídicas, los cuales no son objeto de este trabajo, resulta interesante ofrecer las siguientes notas¹³⁹.

Con carácter general, ha de indicarse brevemente que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está orientada hacia la prevención y colaboración con las autoridades *ante* y *post* delito. Algunas de las principales medidas son la exoneración o atenuación de la responsabilidad de la empresa en atención a la constatación de la existencia de un programa de cumplimiento normativo eficaz (compliance program)¹⁴⁰, o en su defecto la promesa de que será mejorado el actual, acuerdos de

¹³⁵ *Ibídem*.

¹³⁶ Sobre el concepto de generalidad de personas véase el Auto del Tribunal Supremo n.º rec. 250/1991, de 28 de junio de 1991.

¹³⁷ Auto del Tribunal Supremo (N.º Rec. 20840/2015), de 25 de febrero (ECLI:ES:TS:1328A).

¹³⁸ En atención al art. 757 y siguientes LeCrim, se sustanciarán por este procedimiento a aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración. Siendo la horquilla contemplada por el artículo 284 CP de seis meses a seis años.

¹³⁹ En otra instancia, por cuanto respecta a las personas físicas que pudieran resultar criminalmente responsables de este delito, el artículo 288 bis CP prevé una suerte de programa de clemencia, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen activamente con las autoridades competentes, esto es, de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas.

¹⁴⁰ “(...) el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación” consiste en “la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de

clemencia, el aporte de material probatorio o el reconocimiento de la autoría o participación del delito que se le imputa entre otros muchos¹⁴¹.

Como señala gran parte de la doctrina, para poder defenderse de la imputación de una de las conductas tipificadas en el art. 284 CP, resulta imprescindible que el programa de cumplimiento tenga identificado específicamente el riesgo penal de manipulación de precios de mercado en su mapa de riesgos, habiendo adoptado consecuentemente las medidas de control idóneas para evitar o disminuir la comisión de hechos susceptibles de configurarse como tal.¹⁴²

Así, es probable que el órgano judicial considere oportuno acordar la práctica de una prueba pericial¹⁴³ para determinar la idoneidad y la suficiencia del programa de cumplimiento normativo que la compañía afirme tener implementadas, dado que, sin duda, se tratará de una circunstancia apta para influir en la calificación de los hechos y en la culpabilidad de los delincuentes corporativos¹⁴⁴. En este sentido, en el mencionado “Caso Titánica” en el que se condenó por manipulaciones informativas, el informe pericial, entre otros, se constituyó como un elemento crucial para poder establecer la relación de causalidad entre la difusión de las noticias, la alteración del precio de cotización y el beneficio/perjuicio¹⁴⁵.

Ha de reseñarse que la carga probatoria de que las medidas de prevención que tenga la empresa para evitar el riesgo de cometer un delito de manipulación de mercado recae sobre el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones personadas en la causa¹⁴⁶.

En caso de determinarse la existencia de responsabilidad de la compañía, conforme al art. 288.2º CP, las penas que le podrían ser impuestas serían:

- a. Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
- b. Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma”. Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero (ECLI: ES:TS:2016:613).

141 AA.VV.: *Principios de Derecho Penal Económico*, VARELA, L y MANSDÖRFER, M., Colección Derecho Penal Económico, Ed. J.M. Bosch Editor, 2021.

142 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *El delito de manipulación...* cit., p. 127 y ss.

143 Al amparo del juego de los artículos 299 y 456 LeCrim. Póngase de relieve en este punto que, a pesar del contenido del informe pericial presentado por las acusaciones, rige el principio de libre valoración de la prueba ex artículo 741 LeCrim.

144 NEIRA PENA, A. M.: “La prueba pericial en los Delitos Económicos. De la pericial contable al perito de compliance”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Volumen XL, 2020, Universidad de Santiago de Compostela, p.. 689 y ss. Disponible en <https://doi.org/10.15304/epc.40.6192>.

145 Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 29 de Madrid 167/2016, de 24 de mayo (ECLI:ES:JP:2016:66).

146 Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966).

- c. En atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, podrán imponer alguna de las penas contenidas en las letras b) a g) del art. 33 CP, debiendo poner de relieve la suspensión de actividades por un plazo máximo de cinco años, así como también la propia disolución de la compañía.

IV. CONCLUSIONES

La gran labor de armonización y unificación europea tanto a nivel administrativo como penal mediante una depurada técnica ha permitido la creación de una suerte de código normativo único de referencia y aplicación al abuso de mercado en todos los Estados Miembros.

Asimismo, la mejora del nivel de *enforcement* comunitario gracias al refuerzo de los mecanismos de colaboración entre autoridades supervisoras y de estas con los propios operadores del mercado ha preparado el camino de la prevención y detección de los abusos de mercado.

Al mismo tiempo que se circunscriben legalmente cada vez más las conductas de los participantes se intenta dar pie al desarrollo de la innovación financiera mediante la revisión continuada de los riesgos permitidos y de las prácticas de mercado aceptadas.

La legislación española por su parte parece que suele tomarse su tiempo y realizar sus labores a su manera. Las obligadas transposiciones de las directivas sobre abuso de mercado se han venido realizando de forma extemporánea y, lo que es peor, con una deficiente técnica legislativa en el proceso. El resultado ha sido que la configuración de los tipos continúa con ciertas lagunas de incertidumbre e inseguridad jurídica en su aplicación, lo cual, ha provocado que, a pesar de que puedan cometerse verdaderas conductas manipulativas de precios de carácter grave, es excepción que estos hechos lleguen a ser condenados en un procedimiento penal.

Es de esperar que con suerte, en un futuro no muy lejano, se procederá de forma correcta y precisa a una revisión de la técnica legislativa utilizada en aras de garantizar una aplicación eficaz de las sanciones penales a las manipulaciones de mercado.



STEALTHING: SU RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL COMO MODALIDAD DE AGRESIÓN SEXUAL

ANDREA FILGUEIRA VARELA

ALUMNA DE LA ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA “DECANO IGLESIAS CORRAL”

Resumen: El *stealthing* ha sido reconocido por parte el Tribunal Supremo como una modalidad delictiva subsumible en los delitos de naturaleza sexual. Si bien, su encaje en las antiguas categorías de abuso o agresión sexual del Código Penal -hoy refundidas ambas en un único delito de agresión sexual-, junto con la pena correspondiente, ha supuesto un debate tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

Las distintas concepciones e interpretaciones propuestas por autores y tribunales ante la falta de previsión en la Ley dan lugar a escenarios excesivamente variados y alejados entre sí que conducen a la necesidad de un pronunciamiento al respecto por parte el legislador para evitar la inseguridad jurídica que lo anterior supone.

Abstract: *Stealthing* has been recognized by the Supreme Court as a criminal offense subsumed in sexual crimes. However, its classification in the old categories of sexual abuse or sexual assault in the Penal Code—now consolidated into a single crime of sexual assault—along with the corresponding penalty, has sparked debate at both the doctrinal and jurisprudential levels.

The different conceptions and interpretations proposed by authors and courts in the absence of specific provisions in the law, lead to highly varied and often

conflicting scenarios, which in turn highlight the need for legislative clarification to avoid the legal uncertainty that this situation entails.

Palabras Clave: Stealthing, abuso y agresión sexual, tipo básico y agravado, consentimiento, engaño.

Keywords: Stealthing, sexual abuse and assault, basic and aggravated type, consent, deceit.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN RELACIÓN CON EL STEALTHING; II.1. Regulación antes y después de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; II.2. Bien jurídico protegido; II.3. Sujeto activo y pasivo; II.4. Conducta típica; II.4.A. Elementos objetivos; II.4.B. Elemento subjetivo; II.5. Relaciones concursales; III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL STEALTHING: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2024; III.1. Recorrido histórico procesal; III.2. Hechos probados; III.3. Elementos del tipo; III.4. Condena; III.5. Voto particular; IV. CONCLUSIONES FINALES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad social ha venido a demostrar en las últimas décadas que una de las tareas que corresponde al Derecho Penal es hacer frente a la aparición de nuevas formas delictivas o, en su caso, a las nuevas modalidades de delitos ya regulados por el mismo.

En este sentido, los delitos sexuales han experimentado grandes cambios a tener en cuenta, y, con ello, tanto la legislación como la jurisprudencia han tenido que ir actualizándose para adaptarse al nuevo contexto social.

Este es el caso del fenómeno conocido como “*stealthing*”, término empleado por primera vez por la abogada estadounidense Alexandra Brodsky en un artículo publicado en el *Columbia Journal of Gender and Law*¹, el cual fue definido por la misma como la retirada de preservativo no consensuada durante la relación sexual.

Dicho termino ganó popularidad entre la sociedad, al punto de ser recogida su definición en el diccionario de Cambridge, considerándolo como “*el acto de un hombre de quitarse intencionadamente y en secreto un condón durante las relaciones sexuales, a pesar de que previamente se había acordado con su pareja sexual que se usara el preservativo*”².

En el caso concreto de España, este término también pasó a plasmarse en las publicaciones doctrinales y jurisprudencia del momento, pero no ha sido hasta el mes de junio

1 GARCÍA, M-F., “Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, N° 1, 2020, pp. 118-119.

2 <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/stealthing>. (Consultado a fecha 31/01/2025)

de 2024 cuando tal práctica fue reconocida propiamente como conducta delictiva por parte del Alto Tribunal.

Así, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo³ ha declarado por unanimidad que el *stealthing* debe ser calificado en todo caso como hecho delictivo, tipificándose como un delito contra la libertad sexual. No obstante, debe destacarse, sin perjuicio de tratar esta cuestión en su epígrafe correspondiente, que dicha unanimidad no se ha mantenido a efectos de concretar el tipo penal en el que es subsumible esta conducta, esto es, sí debe ser castigado como un abuso o agresión sexual, según la terminología propia de la legislación vigente en el momento de los hechos tratados en la resolución objeto de análisis en el presente trabajo.

Pese a la anterior discrepancia de criterios mantenida por los magistrados que componen la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la importancia y relevancia de la sentencia dictada y analizada en el presente trabajo es manifiesta, principalmente por las implicaciones prácticas que conlleva.

Así, y de un lado, se aclaran las dudas que hasta este momento se presentaba ante juzgados y tribunales a la hora de enjuiciar supuestos de *stealthing*, conllevando ello una previsible unificación de criterios a nivel nacional por parte de instancias inferiores; y, de otro, se presenta una manifestación de carácter fragmentario del Derecho Penal, propio del principio de intervención mínima.

En conclusión, la resolución referida presenta una significación de gran valor tanto a un nivel práctico como teórico, siendo éstos dos campos que los profesionales de la abogacía deben manejar para un correcto ejercicio de la profesión.

II. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN RELACIÓN CON EL STEALTHING

II.1. Regulación antes y después de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Previo el examen de los elementos de la conducta delictiva referida conviene hacer mención al encaje que la misma tiene en la legislación penal. Sobre ello debe hacerse una apreciación, y es que la jurisprudencia existente en este momento enjuicia hechos ocurridos previamente a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁴ en el Código Penal.

Así, con anterioridad a la reforma referida, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se regulaban en el Título VIII del Libro II del Código Penal, el cual, a su vez, se dividía en capítulos. De estos capítulos interesa destacar dos, a saber, el Capítulo I, denominado “*de las agresiones sexuales*”, que abarca los artículos 178 a 180, ambos incluidos; y el Capítulo II, “*de los abusos sexuales*”, que engloba los artículos 181 a 182.

3 STS de 14 de junio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:3418).

4 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE N.º. 215.

Conforme esta regulación, el factor diferencial básico entre los delitos de agresión y abuso sexual radicaba en los medios comisivos de la conducta. De esta manera, se calificaba de agresión el acto atentatorio contra la libertad sexual llevado a cabo con violencia o intimidación, mientras que el abuso sexual exigía que, no mediando tales elementos, sí se apreciara una falta de consentimiento -caso de la víctima que se halla dormida- o, en su caso, un consentimiento invalido -caso de la víctima menor de 16-.

Asimismo, interesa reseñar para el análisis de las conductas de *stealthing* que ambas categorías delictivas preveían una modalidad agravada, a saber, que la conducta consistiere en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o en la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías referidas.

De esta manera, el acto que atenta contra la libertad sexual caracterizado por la falta de consentimiento o por existir un consentimiento viciado, anteriormente denominado abuso sexual, encontraba su tipo básico previa la reforma antes referida en el artículo 181.1.2 y 3 del Código Penal, mientras que la modalidad agravada consistente en el acceso carnal o introducción de miembros u objetos se regulaba en el artículo 181.4 del mismo texto legal.

Del mismo modo ocurre con aquel acto que vulnera la libertad sexual acompañado con el empleo de violencia o intimidación, anteriormente denominado agresión sexual y diferenciado del abuso, el cual encontraba su tipo básico en el artículo 178 del Código Penal y la modalidad agravada ya referida se recogía en el artículo 179.

Por lo que respecta al análisis penológico de los anteriores tipos penales previa la reforma operada por la Ley Orgánica ya indicada, y siguiendo el esquema anterior, indicar que el anteriormente denominado abuso sexual era castigado en su modalidad básica con pena de prisión de 1 a 3 años o pena de multa de 18 a 24 meses; mientras que la modalidad agravada consistente en el acceso carnal o introducción de miembros y objetos antes señalada llevaba aparejada una pena de prisión de 4 a 10 años.

Y en cuanto a las penas previstas para aquellos actos que vulneran la libertad sexual acompañado con el empleo de violencia o intimidación, previamente denominado agresión sexual y diferenciado del abuso, con anterioridad a la reforma se establecía una pena de prisión de 1 a 5 años, mientras que la modalidad agravada indicada preveía una pena de prisión de 6 a 12 años.

Partiendo de lo anterior, se sucede la reforma operada por la Ley Orgánica ya indicada, afectando tanto a la configuración como a las penas correspondientes a estos delitos contra la libertad sexual.

Así, respecto de la regulación actual establecida por mor de la referida ley, comenzar indicando que el cambio de mayor relevancia por lo que aquí interesa es la eliminación de la distinción entre las agresiones y los abusos sexuales y, consecuencia de ello, la refundición en una sola categoría de todos estos comportamientos, esto es, el delito de agresión sexual.

De este modo, sucede que en el actual Código Penal los delitos contra la libertad sexual continúan regulados en el Título VIII del Libro II, pero las conductas antes contextualizadas como agresiones y abusos sexuales se recogen conjuntamente en el Capítulo I, denominado “*de las agresiones sexuales*”, englobando éste los artículos 178 a 180, ambos incluidos.

La nueva estructura que se otorga a la configuración de las agresiones sexuales no varía de forma sustancial en relación con la legislación anterior, sino que se mantiene el esquema, esto es, un tipo básico y otro agravado que diferencia cuando se emplea violencia o intimidación, o existe una falta de consentimiento o éste es inválido.

Así, el acto que atenta contra la libertad sexual caracterizado por la falta de consentimiento o por existir un consentimiento viciado -anteriormente denominado abuso sexual- encuentra ahora su tipo básico en el artículo 178.1 del Código Penal. E igualmente sucede con la modalidad agravada consistente en el acceso carnal o introducción de miembros u objetos, que pasa a regularse en la actualidad en el artículo 179.1 del mismo texto legal.

Del mismo modo ocurre con aquel acto que vulnera la libertad sexual acompañado con el empleo de violencia o intimidación -anteriormente denominado agresión sexual y diferenciado del abuso-, que en la actualidad se recoge su tipo básico en el artículo 178.3 del referido texto legal y su modalidad agravada se ubica en el actual texto en el artículo 179.2.

En cuanto a las nuevas penas previstas para las anteriores categorías, y siguiendo el esquema anterior, diferenciar que para el acto que atenta contra la libertad sexual caracterizado por la falta de consentimiento o por existir un consentimiento viciado -anteriormente denominado abuso sexual- está actualmente castigado en su modalidad básica con pena de prisión de 1 a 4 años, mientras que para la modalidad agravada consistente en el acceso carnal o introducción de miembros y objetos antes señalada se prevé la pena de prisión de 4 a 12 años.

Y en cuanto a las penas previstas para aquellos actos que vulneran la libertad sexual acompañado con el empleo de violencia o intimidación -previamente denominado agresión sexual y diferenciado del abuso-, la nueva redacción del Código Penal prevé para su tipo básico la pena de prisión de 1 a 5 años, al igual que la anterior legislación. Ello sucede también respecto a la modalidad agravada ya referida, esto es, se mantiene en la nueva redacción la misma pena de prisión de 6 a 12 años.

Para permitir una mejor visualización de lo anteriormente expuesto se adjuntan cuadros esquemáticos que presentan la configuración previa y posterior a la reforma operada en el Código Penal en el año 2022, tanto respecto de los actos anteriormente tipificados como agresiones y abusos sexuales.

Así, en el plano conceptual, esto es, la configuración de las categorías delictivas anteriormente descritas, se presentan los siguientes cambios:

“Acto que atenta contra la libertad sexual empleando violencia o intimidación”

	MODALIDAD BÁSICA	MODALIDAD AGRAVADA
PREVIA LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178 CP “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando <u>violencia o intimidación (...)</u> ”	ART. 179 CP “Cuando la agresión sexual consista en <u>acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales y objeto por alguna de las dos primeras vías (...)</u> ”.
TRAS LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178.3 CP “Si la agresión se hubiera cometido empleando <u>violencia o intimidación</u> o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado (...)”	ART. 179.2 CP “Si la <u>agresión a la que se refiere el apartado anterior</u> se cometiere empleando <u>violencia o intimidación</u> o cuando la víctima tuviera anulada (...)”.

“Acto que atenta contra la libertad sexual realizado sin consentimiento o con un consentimiento inválido, sin mediar violencia ni intimidación”

	MODALIDAD BÁSICA	MODALIDAD AGRAVADA
PREVIA LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 181.1.2 Y 3 “El que, <u>sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento</u> , realizare (...)” “(...) los que se ejecuten sobre personas que se hallen <u>privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se comentan anulando la voluntad de la víctima (...)</u> ”. “(...) el <u>consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad</u> manifiesta que coarte la libertad de la víctima”.	ART. 181.4 CP “En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en <u>acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales y objetos por alguna de las dos primeras vías</u> , el responsable será castigado (...)”.
TRAS LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178.1 CP “(...) el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona <u>sin su consentimiento</u> ”.	ART. 179.1 CP “Cuando la agresión sexual consista en <u>acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales y objetos por alguna de las dos primeras vías (...)</u> ”.

En conclusión, existe un único cambio relevante a efectos de calificación de los hechos subsumibles en alguna de las modalidades delictivas del actual Capítulo I y anteriores Capítulos I y II del Código Penal, y es que en la redacción anterior la anulación de la voluntad de la víctima se calificaba como abuso⁵, mientras que en la redacción actual se le ha otorgado un mayor grado de gravedad a esta concreta conducta, en tanto que pasa a equipararse en el texto legal con aquellos actos llevados a cabo con violencia o intimidación, esto es, las antiguas agresiones sexuales, que no abusos⁶.

No obstante, referir que este supuesto concreto de anulación de la voluntad de la víctima presenta ciertas dificultades para ser encajado dentro de la modalidad de *stealthing*, por lo que solo cabe hacer la anterior reseña sin profundizar a mayores en la misma.

Por lo que respecta a las penas previstas con carácter previo y posterior a la reforma operada en el Código Penal en el año 2022, se presentan los siguientes cambios:

“Acto que atenta contra la libertad sexual empleando violencia o intimidación”

	MODALIDAD BÁSICA	MODALIDAD AGRAVADA
PREVIA LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178 CP Prisión de 1 a 5 años	ART. 179 CP Prisión de 6 a 12 años
TRAS LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178.3 CP Prisión de 1 a 5 años	ART. 179.2 CP Prisión de 6 a 12 años

“Acto que atenta contra la libertad sexual realizado sin consentimiento o con un consentimiento inválido, sin mediar violencia ni intimidación”

	MODALIDAD BÁSICA	MODALIDAD AGRAVADA
PREVIA LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 181.1.2 Y 3 CP Prisión de 1 a 3 años Multa de 18 a 24 meses	ART. 181.4 CP Prisión de 4 a 10 años
TRAS LA REFORMA DE LA LO 10/2022	ART. 178.1 CP Prisión de 1 a 4 años	ART. 179.1 CP Prisión de 4 a 12 años

Tras la comparativa de las penas previstas cabe realizar dos apreciaciones: en primer lugar, las conductas subsumibles en las anteriores agresiones sexuales mantienen las

5 Anterior redacción del art. 181.2 del CP: “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.”.

6 Actual redacción del art. 179.2 del CP: “Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere 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”.

mismas penas; y, en segundo lugar, aquéllas otras anteriormente calificadas como abuso sexual sí experimentan cambios. Tales cambios son, en todo caso, de endurecimiento de la pena, ya que de un lado se elimina la posibilidad de imponer una pena de multa en el tipo básico; y de otro, aumenta tanto en la modalidad básica como en la agravada el límite superior de las penas.

Por tanto, la reforma ya señalada supone *a priori* un endurecimiento de las penas en aquellos supuestos en los que no concurre violencia ni intimidación, mientras que de sí concurrir éstas, las penas que el órgano sentenciador podrá imponer serán exactamente las mismas que se preveían antes de la reforma. Sin embargo, se introduce a través del artículo 178.4 del Código Penal una novedad de importancia a efectos de lo anterior, y es que dicho precepto dispone lo siguiente:

“El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Así, con este artículo se viene a eliminar, al menos parcialmente, el mencionado robustecimiento de las penas. Ello se debe a que la posibilidad de imponer pena de multa en los supuestos en los que no medie violencia, intimidación o anulación de voluntad de la víctima se recupera por esta vía, así como la posibilidad de imponer la pena en su mitad inferior a pesar de haber aumentado el límite superior en tales supuestos.

Lo anterior lleva a concluir que, al igual que sucede con la calificación de los hechos delictivos y encajables en estas modalidades, y con la salvedad de los supuestos de anulación de la voluntad de la víctima, la reforma efectuada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no ha aportado cambios sustanciales.

Asentado el anterior análisis teórico del delito, debe tenerse en cuenta que, dado lo reciente de esta reforma del Código Penal, la mayoría de sentencias relativas a las conductas de *stealthing* resuelven hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, lo que lleva a plantear la determinación y posible aplicación de la ley penal más favorable.

A este respecto, el artículo 2.2 del Código Penal⁷ consagra el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, recogiendo la facultad de aplicar aquella ley posterior a la comisión de los hechos enjuiciados y actualmente en vigor que presente más beneficios, en este caso concreto, a efectos de la pena para el presunto culpable del hecho delictivo.

Las soluciones proporcionadas por los órganos judiciales hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo se orientaban a, efectivamente, considerar que la nueva redacción

7 Art. 2.2 del CP: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo (...)”.

del Código Penal no constituía una ley penal más favorable a la anterior y vigente en el momento de la comisión de los hechos, optando, en consecuencia, por tipificar los hechos enjuiciados como el antiguo delito de abuso sexual con las penas que el mismo comportaba⁸.

Lo anterior es corroborado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2024, la cual viene a considerar que a pesar del aumento del límite superior de las penas previstas para las conductas subsumibles en el antiguo delito de abuso sexual, la cláusula del artículo 178.4 del Código Penal permite modular las mismas a consideración del Juez competente, de manera que existe una equivalencia, como ya se ha expuesto, a efectos de pena entre la anterior y la nueva redacción del Código Penal para estos supuestos.

Por el motivo anterior el Alto Tribunal, en la sentencia referida, viene a establecer que *“no es legislación más favorable -la actual- que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos, por lo que hemos de descartar su aplicación a este supuesto”*.

Por ello, y dado que la nueva regulación de estos delitos no presenta elementos de favorabilidad respecto de la redacción anterior, vigente en el momento de la comisión de los hechos enjuiciados, se abogará por la aplicación de ésta última.

En conclusión, es esperable que, en la práctica judicial, en cuanto al enjuiciamiento de supuestos de *stealthing*, y dado este pronunciamiento concreto por parte del Tribunal Supremo, se mantenga la aplicación de la legislación previa a la reforma efectuada por parte de la Ley Orgánica ya referida en todos aquellos supuestos en los que los hechos delictivos se hubiera cometido previamente a la entrada en vigor de la misma.

Por ello, y por lo que respecta única y exclusivamente a los supuestos de *stealthing*, los cambios efectuados por la reforma llevada a cabo en el Código Penal en el año 2022 han sido escasos. Precisamente, lo concreto de esta modalidad delictiva impide que se aprecien cambios sustanciales a causa de una reforma legislativa, siempre orientada a términos de generalidad.

En este sentido, y dado que en el momento en el que se efectuó la reforma ya se habían enjuiciado supuestos de *stealthing* por distintas resoluciones judiciales, sería conveniente abogar por una tipificación concreta de esta modalidad que disipara las distintas dudas que en la interpretación de la ley por parte de los juzgados y tribunales pudiera darse. Y ello porque es esperable que, dado el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo que a continuación se analizará, las controversias sobre distintos extremos pudieran mantenerse.

II.2. Bien jurídico protegido

Se debe comenzar indicando que, desde una perspectiva temporal e histórica, los delitos de carácter sexual han venido a configurarse desde ópticas diversas, lo que ha llevado a presentar distintas consideraciones sobre cuál es el bien jurídico que debe protegerse con estas figuras delictivas.

⁸ SAP de Madrid de 12 de enero de 2024 (ECLI:ES:APM:2024:1).

Así, la concepción del bien jurídico protegido ha evolucionado y ello se ha plasmado en las diversas reformas del Código Penal, incluyendo la última de ellas, operada en el año 2022.

Brevemente, señalar que las conductas objeto de este trabajo han pasado de tipificarse como *“Delitos contra la honestidad”*, caso del Código Penal de 1944 y 1973; *“Delitos contra la libertad sexual”*, tras la reforma del Código Penal de 1973 operada en el año de 1989; a *“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”*, en el Código Penal de 1995 a través de la reforma operada en el año 1999.

Actualmente, la rúbrica empleada es, de nuevo, *“Delitos contra la libertad sexual”*, habiendo sido ésta modificada por la Disposición Final Cuarta, apartado 6 de la mencionada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Inicialmente, la inclusión de la indemnidad sexual en la rúbrica anterior resultó polémica, en tanto que una gran parte de la doctrina negaba que ésta tuviera sustantividad propia frente a la libertad sexual. No obstante, la jurisprudencia sí consideró la existencia de dicha sustantividad, caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017⁹, en la cual el Alto Tribunal afirmó que: *“la indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo”*.

Se relacionaba, por tanto, la indemnidad sexual con la protección de determinados colectivos, a saber, menores, personas con discapacidad y aquellos que se hallaban privados de conocimiento. Y ello, porque tales grupos carecían de las condiciones necesarias para ejercer la libertad sexual, por lo que se consideró mejor formula la indemnidad o intangibilidad sexual¹⁰.

Pese a lo anterior, la eliminación de la indemnidad sexual, sin perjuicio de este reconocimiento a su sustantividad, carece de efectos prácticos. Y a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2015¹¹, ya se pronunció señalando: *“la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido una modificación en el art 183 1º CP al suprimir la referencia a la tutela de la indemnidad sexual del menor. La desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el art 183 1º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma (...). Pero esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como “acto que atente a la indemnidad sexual de un menor” (redacción anterior), o como “acto de carácter sexual” (redacción actual), aunque es cierto que el cambio sí afecta a la configuración del bien jurídico*

9 STS de 11 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:55).

10 TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12, 1999.

11 STS de 3 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4601).

protegido tal y como se había definido por esta Sala, reduce innecesariamente la calidad técnica del precepto y retoma un tono moralizante, que se había superado en la redacción anteriormente vigente”.

En conclusión, se prevé que la supresión de la indemnidad sexual no tendrá efectos en la práctica judicial, pues como recoge la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado¹², *“la desaparición del bien jurídico «indemnidad sexual» de la rúbrica del título VIII del libro II CP es intrascendente a efectos prácticos. No tiene repercusión alguna en la descripción de los tipos penales ni tampoco, por lo tanto, en su interpretación y aplicación”.*

En cuanto al bien jurídico protegido actualmente, la libertad sexual ha venido a conceptualizarse por diversos autores, pudiendo destacar, entre otros, la definición proporcionada por el actual Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, MARCHENA GÓMEZ. Así, el autor indica que la libertad sexual es *“la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad”*¹³.

Conviene en este punto indicar que toda libertad, incluida la sexual, presenta dos vertientes: positiva y negativa. La primera es aquella que permite elegir llevar a cabo o no una conducta, lo que conduce a que su vulneración suponga el hecho de impedir actuar. La segunda supone el derecho o no verse involucrado en un contexto de contenido sexual sin haber consentido válidamente, de modo que la vulneración de esta modalidad podrá presentarse tanto como el hecho de obligar al sujeto a soportar una conducta de contenido sexual contra su voluntad como obligar a éste a realizar un determinado comportamiento también contra su voluntad.

En este sentido, la libertad sexual como bien jurídico es objeto de protección en el referido Título VIII tan solo en su modalidad negativa, pues aquellas conductas que limiten a la víctima a llevar comportamientos sexuales consentidos por ella serán, en su caso, enjuiciables a través del Título VI, esto es, los delitos contra la libertad.

II.3. Sujeto activo y pasivo

Por lo que respecta a los sujetos intervinientes, dado lo concreto de la conducta del *stealthing* conviene delimitar las posibilidades que pueden darse. Así, se debe partir de que esta modalidad delictiva exige la retirada de un preservativo.

Interesa señalar con carácter previo que, como así recoge una parte de la doctrina¹⁴, el estudio histórico del Derecho Penal en su vertiente sexual evidencia la rigidez de los

12 Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, BOE N.º 81, 5 de abril de 2023, Sec. III., p. 50498.

13 MARCHENA GÓMEZ, M., “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)”, en *Diario La Ley*, 1990, p. 1150.

14 CANCIO MELIÁ, M., “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, Núm. 80, 2011, (No consta página por ser consultado on-line).

legisladores anteriores a la hora de atribuir el papel de sujeto activo de los delitos de índole sexual a los hombres y de víctima a las mujeres. Evidentemente, esta tendencia de encasillamiento de los roles que hombre y mujer ocupan en este tipo delictivo ha sido superada, pudiendo cada uno ocupar indistintamente cada posición, e independientemente de que la conducta delictiva se produzca entre sujetos del mismo sexo o género.

Así, dado que lo esencial de la conducta analizada recae en la retirada del preservativo conviene analizar si tanto los profilácticos masculinos como femeninos deben incluirse a efectos de apreciación de esta modalidad delictiva.

Todas las sentencias relativas al *stealthing* que constan en la base pública del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ- coinciden en que el sujeto activo del delito se identifica con un varón que procede a retirar un preservativo externo, sobre lo cual debe indicarse su evidente facilidad frente a los preservativos internos o femeninos.

Respecto a éstos, si bien no se ha encontrado ningún autor que haya planteado la siguiente posibilidad, debe referirse que, a pesar de que exista un menor uso frente a los anteriores y que su retirada pueda presentar mayor evidencia, desde una perspectiva teórica deben entenderse incluidos a efectos de apreciar un supuesto donde el sujeto activo del delito sea una mujer que procede a la retirada del preservativo interno.

Como se indicaba, efectivamente todas las sentencias publicadas en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial evidencian un mayor porcentaje de sujetos activos hombres que comenten este delito retirando durante el acto sexual un profiláctico externo, pero estos datos no pueden llevar a negar la posibilidad anterior.

Sucede así que el *stealthing* incluye aquellos supuestos de retirada del preservativo previa a iniciar la relación sexual, y dada la falta de visibilidad que presenta esta modalidad de profiláctico femenino, cabría esta posibilidad; si bien, habría que esperar a que alguno de estos supuestos se diera y fuera enjuiciado para conocer como responderían los órganos judiciales.

Asentada ya la idea de que las posiciones de sujeto activo y pasivo de este delito pueden conformarse indistintamente por hombres y mujeres, conviene del mismo modo destacar que la jurisprudencia, respecto del delito de agresión sexual, en el cual se encuentra recogida la modalidad del *stealthing*, ha venido a señalar que su apreciación no está condicionada por las posibles relaciones personales que existirán entre los sujetos, sin perjuicio de la aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad penal que en su caso puedan apreciarse.

En esta línea, conviene aludir al posible vínculo conyugal o análogo que pudiera existir entre ambos sujetos, y a tal efecto, el Tribunal Supremo ha reiterado recientemente que *“(...) con respecto a la admisión del delito de violación en el seno de la pareja debe admitirse, ya que, como apunta la doctrina, negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes. Y no es así en modo alguno, pese a pretéritas construcciones doctrinales desfasadas y ahora rechazadas*

categoricamente que negaban esta opción de admitir la violación por entender que en el matrimonio no existían actos deshonestos, ni ataques a la libertad sexual”¹⁵.

E igualmente debe mencionarse que el delito de agresión sexual será igualmente apreciable cuando el sujeto pasivo sea una persona dedicada a la prostitución. A este respecto el Tribunal Supremo ha considerado que *“la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia”¹⁶.*

Por su parte, debe advertirse que necesarias especialidades son de aplicación cuando esta conducta ilícita se lleva a cabo estando implicado un menor. Así pues, si el sujeto activo es mayor de edad y el pasivo menor, se prevén dos posibilidades en el Código Penal, a saber, que la víctima sea mayor de 16 años, en cuyo caso se aplicará la modalidad agravada prevista en el art. 180.1.3º del referido texto; o que la víctima sea menor de dicha edad, en cuyo caso se aplicará el Capítulo II del Título VIII, previéndose penas más elevadas.

No obstante, en cuanto a esta última posibilidad, debe advertirse que el artículo 183 bis del Código Penal contiene una excepción aplicable según criterios de proximidad en edad y desarrollo, concretamente este precepto dispone que: *“salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.*

Brevemente debe indicarse que la Circular 1/2017, de 6 de junio, de la Fiscalía General del Estado¹⁷ ha venido a sostener que la excusa absolutoria prevista en el anterior precepto solamente podrá aplicarse a aquellos considerados como “adultos jóvenes”, esto es, aquellos situados en el rango de edad entre 18 y 21. No obstante, considera que con carácter excepcional también se admite la aplicación de la misma a aquellos situados en el rango de edad entre 21 y 24, siempre y cuando se acredite efectivamente, la semejanza en desarrollo o madurez como la propia disposición legal exige.

Mientras que, por su parte, en el caso de que el sujeto activo fuera un menor de edad se procederá a la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El artículo 1 de la anterior recoge que *“esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.*

15 STS de 21 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1516).

16 STS de 16 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6774).

17 Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quarter del Código Penal, Referencia: FIS-C-2017-00001.

Lo anterior implicará ajustarse a las penas, o “*medidas*”, como se recoge en el texto de la Ley, establecidas para estos supuestos, al igual que a las especialidades procedimentales.

En esta línea de ideas, aludir igualmente a la posibilidad prevista en el artículo 69 del Código Penal, esto es, que “*al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga*”.

En la práctica diaria de los juzgados y tribunales el anterior precepto habitualmente no resulta de aplicación en los supuestos del delito objeto de estudio, en tanto que la especial gravedad que reviste impide favorecer al presunto sujeto activo del mismo con la aplicación de unas normas más laxas en cuanto al castigo de la conducta.

II.4. Conducta típica

II.4.A. Elementos objetivos

Conviene iniciar el presente apartado señalándose que éste se trata de un delito de mera actividad, por lo que no se requerirá un resultado concreto para su apreciación, sino la realización de la conducta descrita en el tipo penal en cualquiera de sus modalidades por parte del sujeto activo.

Lo anterior deberá ir acompañado de la necesaria falta de consentimiento del sujeto pasivo, debiendo, en todo caso, ser manifestado dicho consentimiento libremente por actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima; o, en su caso, el empleo de cualquiera de los medios comisivos previstos en el propio tipo penal, a saber: violencia, intimidación o abuso de la situación.

Por tanto, dos elementos deben concurrir para poder apreciar el delito de agresión sexual en su modalidad de *stealthing*: de un lado la retirada del preservativo por parte del sujeto activo cuando entre éste y la víctima se había pactado que el acto sexual se emplearía el mismo; y de otro, la falta de consentimiento a la referida retirada.

Sobre el primero de estos elementos, señalar que dado lo concreto del objeto del presente trabajo, esto es el fenómeno del *stealthing*, conviene centrarse en el análisis del tipo básico del delito de agresión sexual, puesto que será en esta modalidad donde, en atención a las circunstancias en las que se produce la conducta castigada, encontrará su encaje.

Así, será necesario un contacto sexual corporal entre ambos sujetos que el artículo 178.1 del Código Penal define como “*realizar cualquier acto que atente contra la libertad sexual*”. Evidentemente esta fórmula amplísima e indeterminada recogerá un sinnúmero de comportamientos, debiendo ser limitada a través de los siguientes preceptos del texto legal.

Llegado este punto en el que se hace necesario determinar que concreto tipo del delito de agresión sexual se aplicará para el castigo del *stealthing*, debe traerse causa a la sentencia de referencia. Y es que en la misma se plantea la aplicación tanto del tipo básico como del agravado puesto que, efectivamente existe un acceso carnal, sin embargo, el mismo sí fue consentido entre las partes.

Sin perjuicio de que el anterior extremo se analizará en mayor profundidad en el siguiente epígrafe, conviene adelantar que el Alto Tribunal finalmente opta por considerar que el *stealthing* encuentra su encaje en el tipo básico del artículo 178 del Código Penal, y no en el artículo 179 del mismo.

En cuanto al segundo elemento indicado, esto es, la falta de consentimiento, la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el Código Penal introduce esta falta de consentimiento como elemento típico central del delito de agresión sexual, cumpliendo así las exigencias impuestas por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, también conocido como Convenio de Estambul¹⁸.

En consecuencia, y previa la reforma, los elementos determinantes de la atipicidad de la conducta del antiguo delito de agresión sexual eran la violencia y/o la intimidación, y, precisamente, tal reforma modifica este elemento determinante, que ahora se identificará con el consentimiento. De este modo, se desplazan a un segundo plano los medios comisivos que en la legislación anterior determinaban la delimitación entre agresiones y abusos sexuales.

Este cambio, ha conceptualizado parte de la doctrina, supone *“un cambio de paradigma al desplazar el núcleo de la antijuricidad de la conducta a la ausencia de consentimiento válido, cualesquiera los métodos empleados en la agresión”*¹⁹.

Por esta razón la legislación anterior plasmaba en su tenor el denominado *“no model”*, mientras que en la actualidad el legislador ha optado por el sistema *“yes model”*²⁰. Ambos sistemas están orientados a definir el delito a partir del carácter no consensuado del acto sexual, pudiendo lo anterior hacerse desde dos perspectivas, a saber: en el caso de *“yes model”* existirá delito cuando no se haya obtenido un consentimiento afirmativo; y en el caso del *“no model”* existirá el mismo cuando se lleve a cabo la conducta ignorando la oposición de la víctima²¹.

La regulación previa del delito en el caso de la legislación española, ya expuesta, aplicaba este último sistema del *“no model”*, suponiendo la reforma ya mencionada el cambio de paradigma a favor del *“yes model”*. Esto viene a reflejarse en el nuevo artículo 178.1 del Código Penal, el cual indica lo siguiente al respecto:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo 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”.

18 Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE N°. 137, 6 de junio de 2014, Sec. I., p. 42946.

19 DE LAS HERAS VIVES, L., “El problema del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de personas mayores de dieciséis años”, en AA.VV.: *Víctimas y agresores en delitos contra la libertad sexual: un análisis integral*, Parte I, VINAGRE GONZÁLEZ, A.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M. / SOTO CASTRO, J.E., (Dirs.), Bosch Editor, 2024, p. 34.

20 Informe sobre el Anteproyecto de Ley orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual del aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de febrero de 2021, pp. 76-77.

21 Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado (cit.).

En conclusión, la legislación actual opta por considerar que la conducta de carácter sexual será delictiva cuando el sujeto activo del delito no ha obtenido de la víctima un consentimiento afirmativo claro. Si bien, debe advertirse que lo anterior no implicará la inversión de la carga de la prueba ni tampoco una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado, por lo que corresponderá a las partes denunciantes acreditar la falta de consentimiento, esto es, la falta de actos libres que, en atención a las circunstancias del caso, expresan claramente la voluntad de la víctima.

Llegado este punto, deben presentarse dos problemáticas que este modelo lleva consigo: los consentimientos tácitos y los márgenes del mismo.

Brevemente, sobre el primero, indicar que la multitud y diversidad de escenarios que pueden darse en el contexto de una relación sexual son innegables, lo que ha llevado a la doctrina a debatir hasta qué punto esta reforma se ha adaptado a los mismos dada la exigencia de absoluta certidumbre para poder mantener cualquier tipo de contacto físico de naturaleza sexual²².

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido a recoger que este consentimiento presunto, o, más bien en un plano práctico, la alegación del mismo en términos de defensa, no tiene cabida sino va acompañado de un consentimiento inicial expreso.

Concretamente se considera que: *“si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que “no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer”, sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas (...). Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última. No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como “consentimiento”, ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual “consentida”, como ha reiterado esta Sala. No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer”²³.*

Respecto del segundo extremo, que es aquel que se ciñe a este trabajo, se debe indicar que el consentimiento vincula en todo caso en los términos pactados entre los sujetos involucrados en la relación sexual. Ciertamente es que este consentimiento puede ir ampliándose según el contexto en el que se encuentren, incluso puede ser revocado; sin embargo, los límites acordados claramente deben ser respetados en cumplimiento de este nuevo modelo de consentimiento recogido en la legislación penal.

II.4.B. Elemento subjetivo

Respecto del tipo subjetivo, se debe comenzar indicando que el delito de agre-

22 BARVADIÓ ANTÓN, C., “Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del «solo sí es sí»: ¿legislando a martillazos?”, en AA.VV.: *La reforma de los delitos sexuales*, Capítulo II, MARTÍNEZ GALINDO, G., (Dir.), Bosch Editor, 2024, pp. 102-109.

23 STS de 14 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:882).

sión sexual es un delito doloso, por lo que se excluye la posibilidad su comisión por imprudencia, sin perjuicio que existan autores que así lo hayan propuesto; si bien, indicar que la gran mayoría de la doctrina niega esta opción²⁴.

Por su parte, tradicionalmente se ha considerado que el dolo exigible en esta modalidad de delitos se identificaba con el ánimo lúbrico o libidinoso, pues un sector mayoritario de la doctrina venía a afirmar que *“la presencia del ánimo libidinoso como elemento subjetivo del tipo, obliga a descartar en principio la posibilidad de comisión culposa del delito”*²⁵.

Esta postura también era compartida por la jurisprudencia del momento, caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de noviembre de 1986, que en su texto vino a recoger lo siguiente: *“el dolo, en este delito, exige la voluntariedad de la acción, equivalente a la presencia de malicia, que abraza intelectualmente el conocimiento del hecho y su significación antijurídica, a la par que al ánimo lascivo del artículo 340 del Código Penal se configura como un elemento subjetivo del injusto típico”*²⁶.

Pese a lo anterior, en los últimos años doctrina²⁷ y jurisprudencia han ido evolucionando hacia una tendencia más objetiva que elimina por completo la necesidad de que concurra este elemento para apreciar el tipo penal, pese a que sí concurra el mismo de forma ordinaria.

En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo, al considerar que *“el ánimo libidinoso, o, dicho de otra forma, la intención del sujeto orientada a su satisfacción sexual, es un elemento ordinariamente presente en este tipo de conductas delictivas, pero no es un elemento del tipo”*²⁸; y ello sin perjuicio de que *“será útil para acreditar el conocimiento de la significación sexual de la conducta en su aspecto de ataque a la libertad o la indemnidad sexual. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo concretado en el ánimo libidinoso no resulta admisible, pues el legislador en la regulación de los delitos de abuso y agresión sexual no incluye ningún móvil añadido al dolo elevado a la categoría de elemento subjetivo del injusto para su inclusión típica”*²⁹.

En conclusión, para la apreciación de esta modalidad delictiva deberá atenderse a la realización de un acto de carácter sexual mediando falta de consentimiento, violencia, intimidación o abuso de situación, sin importar el placer sexual que experimente o pretenda experimentar el autor de los hechos, puesto que ello supondría añadir un elemento típico ajeno a la propia norma como requisito subjetivo, a mayores del dolo³⁰.

24 PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 25, 2022, pp. 1-42.

25 SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Editorial Aranzadi, 1995, p. 325.

26 STS de 8 de noviembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:6080).

27 CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: un inventario” en *Cuadernos digitales de formación*. Consejo General del Poder Judicial. N.º 46, 2009, p. 19.

28 STS de 4 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:719).

29 STS de 4 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:908).

30 ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos contra la libertad sexual (I)”, en AA.VV.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Volumen I, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.), Iustel, p. 223.

Por tanto, el dolo en el delito de agresión sexual debe entenderse identificado no con el ánimo libidinoso, sino que *“el dolo exige, en primer lugar, el conocimiento del significado o naturaleza sexual de los actos a los que se somete, de una forma u otra al sujeto pasivo, afectando a su libertad sexual en la medida en la que, o bien no los desea o bien los admite con un consentimiento viciado. Y, en segundo lugar, la voluntad de ejecutarlos”*³¹.

II.5. Relaciones concursales

Cabe hacer una breve referencia a las modalidades concursales más habituales en el delito de agresión sexual, especialmente con miras a analizar el *stealth*. Así, la práctica diaria judicial muestra que este delito suele ir acompañado de menoscabos en la salud de la víctima, planteándose la apreciación de unas lesiones típicas; y, en este contexto, debe hacerse una diferenciación entre aquellas lesiones necesarias e innecesarias.

Respecto de las primeras, la asentada doctrina del Tribunal Supremo revela que aquellas lesiones contextualizadas como consecuencia inevitable o necesaria de la agresión serán absorbidas por el delito de agresión sexual siempre que la violencia empleada no exceda del alcance propio de la comisión del delito, aplicándose a tal efecto el correspondiente concurso aparente de normas del artículo 8.3º del Código Penal³².

Mientras que tratándose de lesiones que excedan de lo absolutamente imprescindible e inherente a la agresión sexual, se aplicará un concurso real de delitos entre el de agresión sexual y aquel correspondiente al tipo de lesión que se hubiera causado a la víctima.

Del mismo modo, se ha indicado por parte del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 que las lesiones psíquicas que se pudieran causar a la víctima de la agresión quedan subsumidas en el propio tipo, debiendo, en su caso, resarcirse las mismas a través de la responsabilidad civil dimanante del delito.

No obstante lo anterior, la referida Ley Orgánica 10/2022 añade el artículo 194 *bis* al articulado del Código Penal, recogiendo a tal efecto que *“las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen”*.

De modo que las lesiones psíquicas podrán quedar excluidas de dicha directriz del Tribunal Supremo, si bien, condicionando lo anterior a que *“se ocasione un menoscabo grave a la salud psíquica de la víctima, claramente determinado, que exceda de la perturbación anímica característica y ordinaria de cualquier agresión sexual y que precise tratamiento médico para su sanación, integrando por lo tanto un resultado autónomo del delito de lesiones”*³³.

31 STS de 11 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1914).

32 Art. 8.3º CP: *“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”*.

33 ESQUINAS VALVERDE, P., “Delitos contra la libertad sexual (I)”, en AA.VV.: *Lecciones de derecho penal parte especial*, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 204-205.

Por su parte, en cuanto a la posibilidad de apreciar amenazas o coacciones en el contexto de una agresión sexual, la inclusión del nuevo art. 194 *bis* en el Código Penal ha traído consigo problemas interpretativos en relación con los anteriores elementos señalados a tenor del nuevo sistema del “*yes model*” del consentimiento, cuestiones todavía no abordadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder establecer una regla clara a aplicar.

A este efecto, es destacable el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado, la cual ha venido a indicar que *“aunque se trata de una cuestión no exenta de matices, en tanto la jurisprudencia no establezca lo contrario, las/los fiscales sostendrán que las amenazas y coacciones serán susceptibles de castigarse de forma autónoma cuando su ejecución se sitúe claramente fuera de la estructura del tipo de agresión sexual”*³⁴.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL STEALTHING: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE JUNIO DE 2024

Como se avanzaba al inicio del presente trabajo, la sentencia del Tribunal Supremo referida supone un punto de inflexión en cuanto al reconocimiento jurisprudencial del *stealthing* como modalidad de agresión sexual.

A tal efecto, conviene poner de relieve que previa la inclusión de este *nomen* en las resoluciones judiciales de juzgados y tribunales españoles, supuestos encajables en la modalidad conductual del *stealthing* ya habían sido enjuiciados, recibiendo un trato completamente diferente al actual. Así, la relevancia penal de la conducta propia del *stealthing* como delito sexual pasó desapercibida durante un tiempo parte de los tribunales españoles³⁵.

Por su parte, con anterioridad a la sentencia del Alto Tribunal a continuación analizada, instancias inferiores ya había tratado este fenómeno con acogimiento de esta nueva denominación, siendo la primera de ellas que consta en la página pública del Consejo General del Poder Judicial la sentencia, de conformidad, 155/2019 dictada por el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Salamanca³⁶.

Dicha sentencia, aun otorgando un reconocimiento al *stealthing* como hecho delictivo, presenta claras diferencias con la dictada por el Tribunal Supremo, de las cuales conviene destacar, de un lado, y respecto del tratamiento procesal que ha adquirido con ésta última, su ventilación mediante juicio rápido y sentencia de conformidad, lo que viene a presentar la realidad de un delito de menor gravedad; y, de otro, respecto de la pena impuesta, la sustancial diferencia entre la pena 12 meses de multa recogida en la

34 CFGE 1/2023, de 29 de marzo, cit.

35 SAP de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:APM:2009:17885), FJ 2º: *“En este caso Verónica no se opone a la penetración antes de que esta se produzca, puesto que está manteniendo una relación sexual con el acusado libremente, sino que se opone a la penetración que ya ha tenido lugar porque el acusado no se ha puesto previamente un preservativo. No puede decirse que en este caso el acusado penetrara a Verónica sin su consentimiento y que sea por ello autor de un delito de abuso sexual y ello aun cuando supiera que Verónica quería que utilizara preservativo y él no se lo hubiera puesto”*.

36 SJPI N.º 2 de Salamanca 155/2019, de 15 de abril (ECLI:ES:JI:2019:19).

sentencia del Juzgado de Salamanca y la penas de 1 año prisión y 4 años de prohibición de alejamiento y comunicación impuestas por el Alto Tribunal.

En ambos casos el delito apreciado por los órganos sentenciadores es el de abuso sexual, dada la fecha en la que se cometieron los hechos delictivos y la redacción anterior del Código Penal, pero la entidad de la condena es sustancialmente diferente, y ello puede obedecer a dos razones: o bien el fenómeno del *stealth* hasta el momento no tenía suficiente relevancia penal, o bien la realidad social, coincidente en el tiempo con la reforma ya referida, ha logrado atribuir una mayor gravedad a esta conducta concreta.

III.1. Recorrido histórico procesal

La sentencia que trae causa a este trabajo deriva de un proceso iniciado mediante atestado de la Policía Nacional, formándose por parte del Juzgado de Instrucción N.º 6 de Sevilla las correspondientes Diligencias Previas, luego convertidas en sumario ordinario.

En este punto interesa poner de relieve que el anterior es el inicio habitual de un supuesto como el analizado, puesto que según datos del publicados en el Ministerio del Interior, *“en España el 81,2% de las denuncias por violencia sexual se interponen ante la Policía Nacional y la Guardia Civil, un 18,8% de los hechos se denuncian a la Policía Municipal al Juzgado de Instrucción o de Guardia, o bien a través de la comunicación de algún organismo público, y en el caso de las lesiones, mediante parte facultativo de los Servicios sanitarios (...)”*³⁷.

A tal efecto, reseñar que los delitos contra la libertad sexual se clasifican como delitos semipúblicos, en tanto que se establece un requisito de perseguibilidad o procedibilidad para con los mismos³⁸. De manera que el inicio de las actuaciones judiciales requerirá de la previa interposición de denuncia por cualquiera de los sujetos enumerados en el artículo 191.1 del Código Penal³⁹, con las excepciones en él apreciadas.

Desde una óptica procesal, debe indicarse que el siguiente paso fue el de dictar auto de procesamiento contra el acusado de conformidad al artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, requiriéndose a tal efecto la existencia de algún indicio racional de criminalidad con base en las diligencias que hasta el momento se hubieran practicado.

Nada se dispone a este respecto en las sentencias dictadas por mor del asunto analizado, pero es presumible, pues así se evidencia con la práctica diaria, que tales indicios resultaren de las declaraciones de los implicados.

37 https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Analisis-empirico-integrado-y-estimacion-cuantitativa-de-los-comportamientos-sexuales-violentos-no-consentidos-en-Espana_126210120.pdf p. 89.

38 VINAGRE GONZÁLEZ, M.A., “Revictimización en la fase de instrucción penal: el iter victimie post criminis”, en AA.VV.: *Víctimas y agresores en delitos contra la libertad sexual: un análisis integral*, Parte III, VINAGRE GONZÁLEZ, A.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M./ SOTO CASTRO, J.E., (Dirs.), Bosch Editor, 2024, p. 321-322.

39 Art. 191.1 CP: *“Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”*.

Posteriormente, y como se indica en las sentencias dictadas al efecto, el sumario ordinario se declaró concluso y fue elevado a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la cual se tramitó la fase intermedia de este proceso penal.

Reseñar que la que competencia para el conocimiento de este asunto en primera instancia fue atribuido a la Audiencia Provincial, debiendo considerar, a falta de acceso a toda la documentación del procedimiento, que tal atribución se dispuso en virtud del artículo 14.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁰.

Llegado este punto, conviene indicar que el artículo 779.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que tras la práctica de las diligencias correspondientes el Juez competente dictará auto ordenando la apertura de esta fase intermedia, si es que ello procediere.

Y de igual modo, el artículo 780 del mismo texto legal añade que en ese mismo auto se dará traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, debiendo éstas formular escritos de acusación en el plazo de 10 días. En efecto, se recoge en los Antecedentes de Hecho que las partes indicadas presentaron en plazo sus respectivos escritos de acusación contra el procesado por delitos de agresión sexual y lesiones.

Posteriormente se procedió a la apertura del juicio oral una vez cumplido el itinerario procesal previsto en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, emplazamiento del encausado, presentación del escrito de defensa, remisión de lo actuado al órgano competente y demás cuestiones que podrían darse, si bien no se recogen en los textos de las sentencias.

Por su parte, puesto el asunto a conocimiento de la Audiencia Provincial de Sevilla se practican las pruebas oportunas, concretamente se aluden a las siguientes: declaración del acusado, de los testigos, uno de ellos miembro de la Policía Nacional, y de tres peritos, así como el examen de la prueba documental aportada por las partes.

Tras su celebración se dicta sentencia⁴¹ en el plazo legalmente señalado, cuyo fallo recoge, en lo que aquí interesa, la condena de 4 años de prisión por un delito de abuso sexual con acceso sexual por vía vaginal no consentido del antiguo artículo 181.4 del Código Penal.

Por su parte, en el propio fallo se advirtió de la posibilidad de interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de conformidad con el artículo 846 ter.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal recurso fue efectivamente interpuesto por la representación procesal del condenado, siendo el mismo admitido a trámite y dando traslado de su escrito a las demás

40 Art. 14 LECrim: *“Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: (...) Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”.*

41 SAP de Sevilla de 29 de octubre de 2020 (ECLI:APSE:2020:1459).

partes, las cuales interesaron la desestimación de dicho recurso. Las actuaciones fueron elevadas para conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y se señaló fecha para la deliberación y votación.

En este contexto se dicta sentencia en segunda instancia⁴² relativa al asunto objeto de estudio, que, tras el correspondiente análisis de los hechos, falla la desestimación del recurso presentado por la representación procesal del condenado y confirma la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Sevilla por un delito de abuso sexual apreciando la agravante por acceso carnal.

Este fallo, al igual que el de la sentencia dictada en primera instancia, recoge la posibilidad de interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en virtud del artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y siguientes, que efectivamente fue interpuesto, y se confirma en la sentencia dictada por este último órgano judicial que el motivo de recurso fue la infracción de Ley y precepto constitucional.

Igualmente, indicar que, como así se refiere en la sentencia dictada en segunda instancia, el recurso de casación debe prepararse ante el Tribunal sentenciador, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en el plazo cinco días a partir de la última notificación de la sentencia, continuándose por los trámites previstos en la Ley Procesal de aplicación.

Finalmente, el asunto llega a conocimiento del Tribunal Supremo que, tras el correspondiente análisis y razonamiento del asunto, estima parcialmente el recurso y modifica la condena impuesta en primera instancia y confirmada en segunda, condenando en este caso al autor de los hechos a una pena de prisión de 1 año por un delito de abusos sexuales del artículo 181.1 del Código Penal según redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2022, esto es, sin apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante de acceso carnal.

III.2. Hechos probados

El presente epígrafe debe remitirse a los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia dado que las posteriores se remiten a éstos, aceptándolos y dándolos por reproducidos. Así, en la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla se recogen los siguientes, que pasan a exponerse de forma resumida.

Ambos implicados, en este caso, un hombre y una mujer, venían concertando citas con el único propósito de mantener relaciones sexuales desde el mes de abril del año 2017 hasta el momento de los hechos, esto es, el 22 de julio del mismo año.

Se matiza en este sentido por parte de la Audiencia que entre ambos no existía ni existió relación afectiva de tipo alguno, lo cual tiene importancia a efectos de determinar la competencia para la instrucción el asunto, porque de haber entre las partes dicha relación, la misma habría sido atribuida al Juzgado de Violencia sobre la Mujer de conformidad al artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 14.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

42 STSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396).

Del mismo modo se pone de manifiesto en la sentencia dictada en primera instancia que las relaciones sexuales concertadas entre ambas partes siempre se habían desarrollado con el uso de preservativo, matizando a este respecto que, con carácter previo al último encuentro mantenido, que da lugar a los hechos enjuiciados, el condenado había puesto en conocimiento de la víctima que había sido diagnosticado de una infección en sus órganos genitales, sin concretar cual, recibiendo en esa época el correspondiente tratamiento farmacológico.

De modo que se hace especial hincapié en el hecho de que, sin perjuicio de que las partes siempre hacían uso de profiláctico en sus encuentros sexuales, la infección que padecía en ese momento el condenado fue un motivo a mayores para condicionar ese concreto encuentro al uso del preservativo por su parte.

Asentada la anterior condición, imprescindible, como ya se ha indicado, para apreciar la existencia del *stealthing*, se continúa señalando que este concreto encuentro se produjo en el vehículo de la víctima, y una vez allí, fue ésta quien proporcionó al condenado el preservativo que debía usar.

En este punto se indica que, una vez entregado el anterior, “*éste -el condenado- recogió y aproximó a sus genitales simulando ponerse*”⁴³, en referencia al preservativo, esto es, el condenado no llega a ponerse el profiláctico en ningún momento de la relación sexual, sin tener conocimiento de este hecho la víctima, y, pese a ello, inicia la penetración por vía vaginal que ésta únicamente acepta dada su convicción de que el condenado efectivamente tenía puesto el referido preservativo.

Sin perjuicio de esta falta de conocimiento mencionada, se recoge como hecho probado que la víctima llega a sospechar que el condenado no estaba haciendo uso el preservativo que la misma le había proporcionado, de manera que verbaliza que quiere finalizar el coito, acompañando lo anterior de un gesto o empujón para zafarse de él, aunque no lo consigue en ese momento. Respecto de esta fuerza empleada por la víctima, se matiza que no traspasa la propia de la postura en la que se encontraba, elemento que permite determinar en su momento que no existe el uso de violencia por parte del condenado.

Y en este sentido se señala que no es hecho probado que el condenado se percatara de esta situación, continuando con la penetración hasta que pasados unos instantes se da cuenta y se retira de encima de la víctima. Acto seguido, éste se viste y se marcha, arrojando al suelo tras salir del vehículo el preservativo que la víctima le había facilitado y que ésta, se percata en ese momento, que se encontraba parcialmente desenrollado, lo afianza la conclusión de que el condenado no llegó a tener puesto en ningún momento el mismo.

Finalmente, se indica que, como consecuencia de lo anterior, esto es, no haber hecho uso del profiláctico, y siendo conocedor y consciente el condenado de esta posibilidad, la víctima fue contagiada de la enfermedad de transmisión sexual que padecía el mismo

43 SAP de Sevilla de 29 de octubre de 2020, cit.

y para la que se estaba medicando, provocando que ésta también tuviera que recibir asistencia médica y prescripción de antibióticos, antiinflamatorios y ansiolíticos.

A mayores, si bien es cierto que durante el examen médico que se practicó a la víctima fueron apreciadas tres erosiones en su mucosa vaginal, se matiza en la resolución que las mismas pueden producirse de ordinario en cualquier penetración vaginal, sin necesidad de que la misma sea necesariamente violenta o no consentida; e igualmente se apreció un pequeño hematoma cerca del tobillo izquierdo, aunque sin posibilidad de determinar que hubiera sido éste causa de la relación sexual mantenida entre ambos.

Del mismo modo se indica que la víctima, diagnosticada previamente de distimia, y como consecuencia de los hechos ocurridos, padeció un agravamiento de su patología, provocando igualmente que la misma requiriese en su momento un control y seguimiento médico, a mayores del tratamiento medicó que ya tenía prescrito.

Por tanto, la anterior permitirá al tribunal de primera instancia no solo apreciar un delito contra la libertad sexual de la víctima, sino también un delito de lesiones, en los términos que se expondrán a continuación.

III.3. Elementos del tipo

Como ya se ha indicado previamente, la apreciación del delito de agresión sexual en su modalidad de *stealth* requiere la concurrencia de un elemento subjetivo y otro objetivo, siendo necesario, a su vez, que éste último recoja dos conductas concretas, esto es, de un lado la retirada del preservativo por parte del sujeto activo cuando entre éste y la víctima se había pactado que el acto sexual se emplearía el mismo; y de otro, la falta de consentimiento del sujeto pasivo a la referida retirada.

Conviene profundizar en las circunstancias concretas recogidas en la resolución judicial analizada para determinar la apreciación de tales elementos. Así, y comenzando tal análisis aludiendo al elemento subjetivo, indicar que nada se especifica al respecto en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, salvo la breve mención relativa a que *“el dolo eventual no puede negarse”*; y ello puede deberse a lo ya referido anteriormente, y es que la jurisprudencia actual, como ya se ha señalado anteriormente, ha venido a considerar que ya no es necesaria la concurrencia de un dolo específico o ánimo libidinoso para apreciar un delito contra la libertad sexual.

En consecuencia, y dado lo asentado de esta línea de pensamiento, basta la acreditación de la realización de un acto de carácter sexual por parte del sujeto activo median-do falta de consentimiento del sujeto pasivo, acreditación que procederá a través del material probatorio presentado por las partes. Y a tal efecto se debe puntualizar que ninguna barrera se encuentra en este asunto en concreto, en tanto que se recoge en la resolución analizada, por remisión a la sentencia dictada en primera instancia, que: *“denunciante y acusado coinciden en que, tras haberse conocido, habían quedado en ocasiones para mantener relaciones sexuales (...). Tampoco hay controversia respecto al hecho de que aquel día habían concertado un nuevo encuentro sexual, para lo que quedaron en el descampado en que de ordinario solían quedar”*.

En conclusión, el criterio jurisprudencial conforme el cual no es necesario acreditar un concreto dolo para apreciar un delito de esta índole, sino un mero contacto físico o sexual, unido al reconocimiento de ambas partes desde el primer momento del proceso judicial de que mantenían encuentros sexuales, incluido ese mismo día que se denuncia por la víctima, supone el cumplimiento de este requisito subjetivo que ningún pronunciamiento especial merece por parte del Tribunal Supremo.

Al contrario que el anterior, la apreciación del elemento objetivo del *stealthing* sí comporta una mayor dificultad, reflejándose ello en los razonamientos que el Alto Tribunal ha plasmado en la resolución, voto particular incluido, y al que se aludirá posteriormente. Asimismo, se indicaba que este elemento objetivo presenta a su vez dos concretas vertientes que deben concurrir para apreciar el mismo, y, en consecuencia, también el delito de *stealthing*; y éstos son la retirada subrepticia del profiláctico y la falta de consentimiento de la víctima a dicha retirada.

Por lo que respecta al primero de los elementos referidos, su apreciación o falta de ella se determinará exclusivamente mediante las pruebas de cargo y de descargo que las partes presenten; y es que se parte, para apreciar la modalidad delictiva del *stealthing*, de que los términos acordados entre las partes incluyen el necesario uso de preservativo para mantener la relación sexual.

En este contexto debe advertirse que, como resulta evidente, la intensidad o capacidad probatoria de los implicados variaría en función de las circunstancias del asunto a tratar como cabe esperar de cualquier hecho delictivo, sin embargo, en el caso de los delitos de índole sexual existe un punto de dificultad añadida dada la intimidad en la que suelen llevarse a cabo tales prácticas.

Llegado este punto, conviene hacer un pequeño inciso en relación con la idea anterior, y es que lo cierto es que, a efectos de afrontar el tratamiento de un asunto judicial, especialmente desde la perspectiva del profesional de la abogacía, que es lo que aquí interesa, las posibilidades de probar o desvirtuar, en función de la perspectiva que corresponda, los extremos necesarios para la apreciación del *stealthing* cobran especial relevancia.

Como se ha mencionado, con carácter general los delitos de naturaleza sexual presentan una dificultad añadida en este sentido, y es que en ocasiones los elementos de prueba son escasos, incluso insuficientes. Ya existen resoluciones judiciales en este sentido sobre el *stealthing* en España, caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de octubre de 2020⁴⁴, en la que se considera que la incapacidad probatoria impide la condena de los hechos, especialmente porque, en atención a las circunstancias, el único elemento probatorio era la declaración de la víctima. Concretamente se indica lo siguiente:

“En definitiva, consideramos en este caso insuficiente la prueba practicada para llegar a firmes conclusiones sobre lo realmente acaecido y sobre su naturaleza típica. Por

44 SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:10218).

ello, las dudas que hemos ido desgranando nos llevan necesariamente al dictado de una sentencia absolutoria de conformidad con el principio in dubio pro reo”.

Así pues, deberá tenerse en cuenta a la hora de tratar supuestos de *stealth* que las circunstancias en las que se den los presuntos hechos delictivos serán vitales para lograr una condena o una absolución, pudiendo esta dificultad probatoria perjudicar o beneficiar al justiciable en base a la posición que ocupe en el proceso, esto es, como presunta víctima del delito o como acusado.

En todo caso, conviene ceñirse a la batería de pruebas expuestas en las resoluciones judiciales que traen causa de este asunto, pues resulta imposible acceder a otros escritos jurídicos. Y en las mismas se evidencian una serie de elementos probatorios que resultan suficientes para determinar, a consideración del Alto Tribunal, la existencia del *stealth*, lo que lleva a la lógica deducción de que tales medios probatorios serán aptos y bastantes para futuros asuntos que los profesionales de la abogacía enfrenten. Y ello tanto desde la perspectiva del sujeto pasivo, partiendo ya de unas pautas probatorias acogidas por el Tribunal Supremo, como del sujeto activo, conociendo ya hasta qué punto el probable criterio de los órganos judiciales valorará una prueba para desvirtuar su presunción de inocencia.

Respecto de las pruebas concretas, la sentencia objeto de análisis remite a las practicadas en instancias inferiores, teniendo en cuenta el análisis del material probatorio acopiado en las mismas. No obstante lo anterior, la propia resolución contiene una pequeña valoración del conjunto de pruebas presentadas, orientadas, eso sí, al motivo del recurso planteado. Y se indica al efecto que las máximas de racionalidad e imparcialidad permiten determinar la admisibilidad de tales análisis como suficientes para sostener una condena.

En cuanto a los medios de prueba referidos en las sentencias, la resolución dictada en primera instancia parte de la prueba de la relación misma, habiendo sido admitido por ambos sujetos, así como del padecimiento de una enfermedad venérea por parte del condenado. Igualmente, y ello es de importancia, la primera de las sentencias refiere la alegación de la denunciante de que entre los términos pactados entre ambas partes se incluía el condicionar la práctica sexual al uso de preservativo masculino, especificándose que la defensa del acusado en ese momento procesal no discute tal alegación, por lo que se da por probado tal condición.

Lo anterior constituye la base para contextualizar los hechos como un posible delito contra la libertad sexual en su nueva modalidad de *stealth*, pues se parte, y ello se considera probado, de este acuerdo. De modo que la controversia probatoria se orienta ahora a determinar si en este concreto acto sexual objeto de denuncia, y en el momento de la penetración vaginal libremente consentida por las partes, el sujeto activo llega a hacer un uso efectivamente del preservativo o si por el contrario no hace tal uso, ya sea no colocándose el preservativo desde el principio o retirándose durante el propio acto sexual.

Llegado a este punto sucede que ambas partes coinciden en afirmar que en un determinado momento durante el coito no se hace uso del profiláctico, pero mantienen versio-

nes contradictorias entre sí en lo que respecta a los motivos de esa retirada. Así, y de un lado, el acusado en ese momento indica por motivo de un movimiento de la contraria el profiláctico se sale de su pene, cogiéndolo en la mano, momento en el que la víctima lo ve, mientras que, de otro, y según la versión de ésta, el acusado omite deliberadamente el uso del preservativo, circunstancia que no advierte inicialmente pero que la lleva a poner fin a la relación sexual en cuanto sospecha.

Dada esta divergencia en las declaraciones de los implicados, el órgano judicial debe decantarse respecto de alguna de ellas, basándose para ello en las diligencias probatorias que se efectúen. En este asunto concreto se considera por parte todos los Tribunales que han tenido conocimiento del mismo, que la versión de la víctima es la que queda debidamente probada, y ello en virtud de los siguientes elementos.

En primer lugar se alude al testimonio de la denunciante, que cumple con los estándares y parámetros jurisprudenciales de credibilidad y convicción, en tanto que su versión se mantiene invariable en sus distintas declaraciones, esto es, en fase de instrucción y la prestada en el juicio, e incluso la versión dada a los Médicos Forenses, así como la consistencia, coherencia, persistencia, verosimilitud del mismo; igualmente se descartan motivos espurios conocidos o razonablemente previsibles, el hecho de que la víctima no se persone en casación renunciando a defender la condena,... Esto es, el relato y la actitud del sujeto pasivo se consideran indicativos de la solidez de la versión dada por el mismo.

Y este testimonio, a su vez, viene corroborado por otros de los elementos, como es el caso de que la víctima encontrase fuera del vehículo en el que se mantuvo la relación sexual entre las partes, el preservativo que ésta le había proporcionado previa el inicio de la práctica sexual al condenado. Profiláctico que ni siquiera se encontraba desarrollado, lo que acredita, o así se considera por el órgano judicial, que no había sido utilizado. Esto es, como ya se indicada, el *stealthing* puede determinarse por el no uso o uso parcial del preservativo, ubicándose este asunto concreto que se analiza en el primero de los supuestos.

Lo anterior, como se recoge en la sentencia dictada en primera instancia, se viene a confirmar por la Brigada Provincial de Policía Científica tras el correspondiente análisis, conforme el cual se acredita la ausencia de semen tanto en el exterior como el interior del preservativo, lo lleva a la lógica deducción de que el sujeto activo no hizo uso en ningún momento de ese profiláctico.

Otro de los elementos probatorios tenidos en cuenta para verificar la versión de la víctima es el procedimiento médico del lavado vaginal realizado a la víctima, que pone de manifiesto, en relación con el anterior punto, la existencia de antígeno prostático, indicativo de presencia de líquido seminal en el interior de su vagina, algo que resultaría imposible si la penetración vaginal se hubiera llevado a cabo con la barrera física que supone el preservativo. De modo que se evidencia que tal penetración tuvo lugar, ya desde el principio, sin utilizar el expresado medio.

Y finalmente, también se presenta como prueba que apoya el relato de la víctima el hecho de que ésta hubiera sido contagiada de la enfermedad de transmisión sexual de la

que había sido diagnosticado previamente el sujeto activo, concretamente la *Chlamydia Trachomatis*, y que, según conversaciones de la aplicación Whatsapp mantenida entre ambos, todavía padecía en el momento de los hechos. Y a ello se le suma el correspondiente diagnóstico de la víctima apenas unos días después de los hechos enjuiciados, calificándose el origen de este contagio en el encuentro sexual objeto de denuncia como de “muy alta probabilidad” por parte del médico forense interviniente en el proceso judicial.

A todo lo anterior, y a ello se hace referencia en las resoluciones judiciales, se da una falta de explicación racional por parte de la defensa del acusado que evidencia o al menos pone manifiesto la credibilidad del testimonio de la víctima, frente al relato propuesto por el sujeto activo. Ciertamente es que el acusado niega que el preservativo presentado por la víctima en Comisaría sea el que ésta le había entregado antes de iniciar el contacto sexual, así como que en los hisopos de muestras vaginales y en el lavado vaginal no se detectó ADN masculino.

No obstante, razona el órgano judicial que, partiendo del relato del acusado conforme el cual éste, al terminar la relación sexual arroja el preservativo al exterior del vehículo, la víctima afirma que lo encontró efectivamente en las inmediaciones del lugar en el que estaba aparcado el coche, de modo que, razona el Tribunal, no existe razón para recelar que se trate de preservativos distintos.

Asimismo, y en cuanto al ADN, el análisis del profiláctico efectuado por la Brigada Provincial de Policía Científica revela que “*se ha conseguido extraer ADN si bien aunque se procedió a su amplificación y tipado no se han logrado extraer resultados*”, lo cual, se razona, implica la existencia de ADN aunque no se pueda determinar de quién, añadiéndose que si bien lo anterior no permite sostener que el preservativo contuviera ADN del acusado, tampoco puede sostenerse como probado lo contrario, siendo posible que ese ADN anónimo proceda de la mera manipulación del protector por su parte.

A mayores, y en cuanto al lavado vaginal practicado a la víctima, entiende el Tribunal que si bien es cierto que no se detectó ADN masculino ni semen, y así se recoge en el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología, lo anterior no obsta para, en primer lugar, mantener que no hubo eyaculación y consecuentemente semen, lo cual es así referido por la víctima y no es negado por el acusado; y, en segundo, que a pesar de no detectar ADN masculino en dichas muestras, no es descartable la presencia de líquido seminal dado el resultado positivo en la prueba de antígeno específico de la próstata.

En conclusión, a través de la actividad probatoria propia de cualquier proceso judicial y en atención a las concretas circunstancias concurrentes de este asunto particular, se desvirtúa el testimonio del sujeto activo, quedando, en consecuencia, enervada su presunción de inocencia con las pruebas de cargo presentadas, no siendo suficientes aquellas propuestas de descargo para optar por la posible aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En cuanto al último de los elementos necesarios que permiten la apreciación del *stealthing*, esto es, la falta de consentimiento del sujeto pasivo de la conducta delictiva, exi-

gible de conformidad al actual artículo 178.1 del Código penal y anterior artículo 181.1 del mismo texto legal, comenzar indicando que dicha falta de consentimiento debe estar referida no a la práctica de acto sexual en cuestión, sino a que esa práctica tenga lugar sin el uso de un profiláctico, falta de uso que, como ya se ha expuesto, se considera probada en este caso concreto.

El análisis de esta cuestión por parte del Alto Tribunal viene a ser abordada desde una doble perspectiva, a saber, de un lado será necesario determinar si el consentimiento obtenido del sujeto pasivo mediante engaño rellena la tipicidad de los artículos referidos previamente; y, de otro, si en un supuesto como el presente se puede apreciar efectivamente el consentimiento de la víctima respecto del concreto acto sexual realizado, y ello desde la estricta perspectiva del bien jurídico protegido, esto es, de la libertad sexual.

Respecto del primer interrogante planteado, el Tribunal Supremo se decanta por una respuesta en sentido negativo, y ello sobre la base de que no se consideran típicos aquellos actos en los que el sujeto activo emplea una argucia o engaño para obtener una conformidad o consentimiento del sujeto pasivo.

Lo anterior se concluye a la vista dos circunstancias, esto es, en primer lugar, los preceptos que regulan los delitos contra la libertad sexual emplean un concepto de consentimiento en sentido débil, bastando la mera aceptación, aunque la misma se asiente en un conocimiento equivocado de la realidad provocado por el sujeto activo; y, en segundo lugar, que esta regulación, a diferencia de la propia de otros delitos, no contiene mención específica al consentimiento obtenido mediante engaño.

Conviene hacer mención en este punto a la reforma operada en el Código Penal en el año 2022 y ya referida, pues en la regulación anterior las relaciones sexuales en las que el consentimiento del sujeto pasivo se había obtenido mediante un engaño sí estaban tipificadas como abuso sexual en el artículo 182 del Código Penal, aunque ello condicionado a que la víctima tuviere en el momento de los hechos entre 16 o 17 años.

No obstante, en la actualidad esta conducta se encuentra despenalizada, no pudiendo suponer esta decisión legislativa que todos aquellos supuestos de relaciones sexuales mantenidas con la obtención de un consentimiento de la víctima mediante engaño pasen a encajarse en los tipos penales genéricos.

En conclusión, el hecho de que el legislador no hubiera tipificado esta posibilidad de obtener el consentimiento mediante engaño, sumado a una referencia del consentimiento sin calificativos complementarios, tales como el consentimiento informado, consciente, expresamente emitido, libre de error... sitúa la regulación de los delitos contra la libertad sexual en un ámbito del consentimiento que impide la posibilidad de negar la existencia del mismo por haberse obtenido mediante engaño.

Concretamente, el Alto Tribunal en la resolución analizada lleva a cabo una reflexión que plasma el carácter fragmentario del principio de intervención mínima del Derecho Penal, y es que ejemplifica la imposibilidad de apreciar falta de consentimiento por la

conurrencia del engaño aludiendo a supuestos tales como el engaño relativo al estado civil, esto es, el sujeto activo indica ser soltero; el engaño sobre las condiciones personales, como simular ser famoso, o el engaño sobre la condición personal, como simular ser infértil, entre otros.

Y en esta línea se ha pronunciado parte de la doctrina, siendo especialmente expresiva siguiente conclusión alcanzada: *“lo importante es, por consiguiente, qué se consiente y no por qué se consiente”*⁴⁵.

Asimismo, señala el Tribunal Supremo que, a pesar de lo poco compartibles de esas simulaciones, lo cierto es que ninguna de éstas es merecedora de reproche penal para el legislador actual. Lo anterior viene corroborado, a entender del órgano judicial, por el hecho de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 10/2022 se rechazaron dos enmiendas que preveían la introducción del engaño en el artículo 178.2 del Código Penal como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento⁴⁶.

En conclusión, los supuestos de relaciones sexuales en las que el consentimiento de la víctima se hubiera obtenido mediante engaño no permiten una condena en virtud de la regulación actual.

Y lo anterior así se determina no sobre la idea de negar relevancia al consentimiento por estar viciado a tenor de su obtención mediante engaño, sino la perspectiva del referido principio de intervención mínima, y es que, a entender del Alto Tribunal, *“si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables (...). El intento de discriminar entre unas motivaciones protegibles y otras no tutelables, llevaría a una justicia penal que se inmiscuye de forma ilegítima en la autodeterminación sexual del ciudadano”*.

Descartada así la anterior vía, se debe proceder a analizar la segunda hipótesis planteada, esto es, si se puede apreciar efectivamente el consentimiento de la víctima respecto del concreto acto sexual realizado. Esto es, el razonamiento jurídico para determinar la existencia o no de una conducta delictiva no debe orientarse hacia el estudio de un engaño que vicia o no el consentimiento obtenido por el sujeto pasivo, sino el alcance o los límites de ese consentimiento concreto, esto es, si ese específico acto sexual, la penetración vaginal sin preservativo, estaba incluida en los términos del acuerdo entre los sujetos que llevaron a la víctima a prestar su consentimiento.

Siguiendo la línea doctrinal anterior conforme la cual la cuestión nuclear para tal determinación es el qué, se matiza por en la resolución analizada que se requerirá en todo

45 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley del «solo sí es sí» Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. (Coord.), Atelier, 2023, (No consta página por ser consultado on-line).

46 Enmiendas número 34 (presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos) y número 372 (presentada por el Grupo Parlamentario Republicano), Boletín Oficial de las Cortes Generales de fecha de 21 de enero de 2022.

caso un *aliud*, esto es, un qué distinto a lo inicialmente pactado, y más concretamente lo que deber determinarse respecto del *stealthing* es si la penetración sin profiláctico puede considerarse algo esencialmente diverso de aquella otra práctica en la que sí se usa esta protección.

No obstante, la anterior cuestión debe plantearse desde una perspectiva estrictamente sexual, dado el bien jurídico protegido que se maneja, desechando aquellos otros factores que, aunque de relevancia para la apreciación de otros tipos penales, no interfieren en éste, caso, de la ocultación del padecimiento de una enfermedad venérea, que será determinante para apreciar el correspondiente delito de lesiones, pero no el delito de agresión sexual.

Por su parte, también deberá ser objeto de análisis si el qué divergente tiene transcendencia a efectos de la libertad sexual, puesto que la no incidencia de esta divergencia en el bien jurídico protegido impedirá apreciar acciones sustancialmente distintas.

Llegados a este contexto se debe plantear la siguiente cuestión: ¿desde una perspectiva puramente corporal una penetración con preservativo es sustancialmente diferente a la misma acción sin preservativo? Esto es, ¿la omisión en cuanto al uso del profiláctico implica realizar un acto esencialmente diverso no consentido?

La respuesta es afirmativa, en tanto que desde la mencionada perspectiva puramente corporal existe un contacto físico que desborda los límites de lo aceptado por la víctima, esto es, existe un contacto distinto del consentido. Ello implica una necesaria alteración de la dimensión sexual del acto, y no solo su potencialidad generadora o el eventual riesgo sanitario, en todo caso ajeno a estas tipicidades como ya se ha referido.

En conclusión, el *stealthing* implica la divergencia entre el acto consentido y el acto llevado a cabo, determinándose su tipicidad, por tanto, no por las consecuencias que puede implicar una relación sexual sin protección, sino por el acto en sí, que afecta a la libertad sexual de la víctima al llevar a cabo un contacto físico no consentido.

III.4. Condena

Afirmada la tipicidad de los hechos de conformidad a la actividad probatoria desplegada por las partes procede adecuar los mismos al concreto tipo penal que corresponda. En este sentido, debe manifestarse que la cuestión nuclear radica en determinar si la agresión sexual cometida lo es en su modalidad básica o agravada, esto es, apreciando la concreta penetración vaginal llevada a cabo sin preservativo dentro o fuera del consentimiento prestado por la víctima.

Brevemente indicar que la modalidad de agresión sexual con empleo de violencia o intimidación, que supone un aumento de las penas contempladas, es descartada rápidamente ya desde la primera instancia, es decir, el fallo dictado por el criterio mayoritario del Tribunal Supremos se orienta, no hacia el antiguo delito de agresión sexual, sino hacia el anteriormente denominado delito de abuso sexual, hoy ambas conductas englobadas en la terminología de agresión sexual.

Lo anterior se debe al planteamiento del uso de violencia por parte del sujeto activo para continuar con el acto sexual una vez la víctima advierte la ausencia de preservativo. A este respecto se considera que, de conformidad a las declaraciones de las partes, se entiende probado que la violencia que se trae a análisis no reúne los caracteres exigidos jurisprudencialmente para considerarse la propia del actual artículo 178 del Código Penal, a saber: suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, que no es otro que la paralización o inhibición de la voluntad de la víctima⁴⁷.

Descartada por tanto la anterior modalidad de agresión sexual, debe determinarse, como se indicaba, si los hechos encajan en el tipo básico o en el agravado, consistente éste en el acceso carnal. De modo que habrá de analizarse si el consentimiento prestado por la víctima a la penetración vaginal con uso de preservativo se ve vulnerado en estos dos elementos, esto es, la penetración vaginal y el uso de preservativo, o solo respecto de este último.

Razona a los anteriores efectos el Alto Tribunal que el sujeto pasivo consiente la penetración vaginal, de manera que la ausencia de consentimiento sobre la no utilización de un profiláctico no puede trasladarse al hecho de la penetración. De este modo, lo que se indica es que el acceso carnal por vía vaginal es el mismo tanto si se hace uso del preservativo como si no, y ello sobre la base de la desproporción que supondría una forzada equiparación con el acceso no consentido, especialmente desde la perspectiva de las penas a imponer.

Así, se entiende que la penetración vaginal es aceptada por la víctima, aunque la misma se produjera, según terminología empleada en la resolución, “*en una modalidad no cubierta por el consentimiento*”. En consecuencia, se considera que el uso o falta de uso del preservativo en cuanto al acceso carnal es una *modalidad* de penetración, no un hecho distinto que tendría encaje en un tipo penal diferente.

Siguiendo esta línea argumental, se considera que la penetración que finalmente realiza el sujeto activo no desborda el consentimiento otorgado por la víctima, sino que la ausencia de este concreto consentimiento solo se admite en cuanto al contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal en sí.

Consecuencia de lo anterior es que la penetración efectivamente realizada no puede ser calificada como hecho delictivo porque sí estaba aceptada por la víctima, “*aunque de otra manera*”, en otra modalidad. Así, se descarta la posibilidad de aplicar el tipo agravado de acceso carnal por vía vaginal contemplado en el artículo 179.1 del Código Penal.

En definitiva, los hechos serán reconducidos por la vía del artículo 178.1 del mismo texto legal, advirtiéndose en la resolución la posibilidad de acudir a la ya mencionada cláusula atenuatoria del artículo 178.4. Y ello, conviene matizar, se debe a una constante mención de la necesidad de ponderar las penas aplicables, concretamente, se indica que una sobrepunición podría llegar a suponer un “*efecto de infra-aplicación*”, de modo

47 STS de 15 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5460).

que la aplicación del antiguo tipo básico del delito de abuso sexual es una respuesta punitiva más proporcionada a la gravedad que implican los hechos, esto es, el *stealthing*.

De igual modo, en este punto debe abordarse la cuestión relativa a la concreta legislación aplicable en tanto que los hechos ocurren en el año 2017, por tanto, previamente a la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Esta cuestión, no abordada por las instancias previas que conocieron el asunto, se ventila en la resolución analizada de la siguiente manera: *“No es legislación más favorable -la actual- que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos por lo que hemos de descartar su aplicación a este supuesto”*.

Lo anterior sigue la línea del razonamiento relativo a la pena a aplicar en este supuesto, de manera que será ese el elemento clave. Como ya se indicó en apartados anteriores, la redacción previa a la última reforma, y vigente en el momento en el que se cometieron los hechos enjuiciados, preveía penas de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses para el tipo básico del delito de abuso sexual, de conformidad al anterior artículo 181.1 del Código Penal. Mientras que la relación actual, esto es, el artículo 178.1 del mismo texto legal, impone al responsable de este delito la pena de prisión de uno a cuatro años.

De este modo, la horquilla de penas que se maneja en ambas versiones, a pesar de ser muy similar, presenta ventajas favorables al condenado, especialmente si se pone en relación a este ánimo de evitar desproporcionalidades penológicas.

Solventada la cuestión relativa al delito contra la libertad sexual, no debe olvidarse que este supuesto presenta la particularidad de la concurrencia de un delito de lesiones, consiste en el contagio de una enfermedad venérea. Dicha transmisión de la enfermedad sexual se considera probada, y así ya se ha expuesto, de manera que no cabe duda de que el mismo también debe ser objeto de análisis.

Así, y siguiendo el criterio jurisprudencial, se aplica un concurso real entre los delitos de agresión sexual y de lesiones, pronunciándose el órgano judicial sobre la pena a imponer por cada uno de ellos de forma independiente.

Finalmente, procede indicar que el fallo de la resolución analizada viene a estimar parcialmente el recurso de casación presentado por la defensa del condenado, con la correspondiente corrección de la pena impuesta inicialmente por parte de la Audiencia Provincial de Sevilla. Ésta había impuesto al acusado las siguientes penas:

“a) Por un delito de ABUSO SEXUAL, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Trinidad o comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de seis años. Así mismo, se le condena a que cumpla la medida de libertad vigilada por un tiempo de cinco años una vez extinguidas las penas de prisión impuestas, sin perjuicio de las previsiones del artículo 106 del Código Penal.

b) Por un delito de LESIONES a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Trinidad o comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de dos años.

Por vía de responsabilidad civil, el condenado Juan Alberto indemnizará a Trinidad en la cantidad de trece mil euros (13.000 €), que devengará los intereses prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenamos así mismo al acusado al pago de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular”.

Respecto del delito de *stealth*, que es aquél que interesa, la Audiencia Provincial de Sevilla, después confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, aprecia, a diferencia del Tribunal Supremo, que sí concurre la circunstancia agravante de acceso carnal por vía vaginal, de ahí la condena a una pena de prisión de 4 años, en tanto que el anterior artículo 181.4 del Código Penal preveía para estos supuestos una pena de prisión de cuatro a diez años.

No obstante, y conforme a este cambio de criterio ya expuesto, el Alto Tribunal opta por la aplicación del primer apartado del precepto anterior, reduciendo la condena por el delito de *stealth* a un año de prisión, y con la correspondiente reducción de la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, limitada al tiempo de la condena impuesta.

Finalmente, debe indicarse que los demás pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de primera instancia son mantenidos, a excepción de la medida de libertad vigilada, que se suprime, y la pena de prohibición de alejamiento y comunicación, cuya duración se reduce de los seis a los cuatro años.

III.5. Voto particular

Requiere una especial mención el voto particular emitido en este asunto por parte de cinco de los magistrados integrantes del Tribunal. Y es que los anteriores disienten del criterio mayoritario en dos aspectos de especial trascendencia, a saber, de un lado, la subsunción de los hechos en el delito de abuso sexual sin aplicar la circunstancia agravante de acceso carnal; y, de otro, la inobservancia del engaño como elemento propio de la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual.

En cuanto al primero de estos elementos, la posición mantenida por estos magistrados parte del reconocimiento o acuerdo en cuanto a la concreta figura delictiva a aplicar, esto es, el antiguo delito de abuso sexual, actualmente denominado agresión sexual, cuyo tipo básico se regula en el artículo 178.1 del Código Penal. No obstante, discrepa precisamente en la aplicación del tipo básico señalado, en tanto que, a entender de estos Magistrados, lo correcto es la aplicación del tipo agravado por acceso carnal previsto en el artículo 179.1 del mismo texto legal.

Recordar al efecto que tal posibilidad es descartada conforme el criterio mayoritario por considerar la aplicación del tipo agravado desproporcionada en comparación con aquellos supuestos en los que la falta de consentimiento se orienta a rechazar el acceso carnal en sí, y no al acceso carnal condicionado al uso del profiláctico.

De modo que los firmantes de este voto particular priman, no la mencionada proporcionalidad recogida en la resolución del criterio mayoritario, sino que anteponen una interpretación literal del precepto mencionado en relación con los hechos ocurridos. Esto es, el sujeto activo y pasivo acordaron una penetración con preservativo, y dado que el primero no llega a usarlo no puede mantenerse que la penetración que finalmente se llevó a cabo hubiera sido consentida porque no se respetaron los términos convenidos.

Este desajuste entre lo pactado y lo llevado a cabo en referencia únicamente a la penetración supone, a juicio de los magistrados que suscriben el voto particular, una grave lesión de la libertad sexual de la víctima en tanto que implica una penetración no consentida. Este razonamiento conduce necesariamente a la aplicación del tipo agravado consistente en un acceso carnal no consentido, y ello no por no aceptar la víctima una penetración vaginal, sino por no haber consentido el cómo se lleva a cabo la misma, esto es, sin uso de preservativo.

Cabe señalar que la posibilidad de la aplicación del tipo agravado referido en los supuestos de *stealthing* ha sido estudiada por diversos autores desde la publicación de la sentencia del Alto Tribunal aquí analizada. Este es el caso de COCA VILA⁴⁸, la cual que plantea un razonamiento mecanizado en cuanto al subsunción del *stealthing* en los delitos contra la libertad sexual.

De este modo, la autora razona que la calificación del *stealthing* requiere de dos pasos. En primer lugar, determinar si los hechos concretos encajan en el tipo básico del antiguo delito de abuso sexual, actual agresión sexual del artículo 178.1 del Código Penal, lo cual es aceptado por el propio Tribunal Supremo. Y en segundo lugar, si la anterior premisa es afirmativa, analizar si tales hechos encajan en alguna de las modalidades agravadas, dado el carácter accesorio o auxiliar de las mismas.

Del mismo modo, CASTELLVÍ MONSERRAT⁴⁹ repara en otro elemento de interpretación literal de la norma, y es que el actual artículo 179.1 del Código Penal, anterior artículo 181.4 del mismo texto legal, que contiene el tipo agravado comentado, no exige que el acceso carnal o penetración en cuestión sea “*inconsentida, no aceptada, rechazada*” como señala el fallo mayoritario de la sentencia del Tribunal Supremo.

Al contrario, el referido precepto se limita a describir en que consiste dicha modalidad agravada, y ese es el único verbo empleado por el tipo. De manera que la interpretación mayoritaria añade un nuevo requisito no previsto legalmente relativo a que el acceso sea inconsentido, lo que supone, conforme el criterio del autor, una vulneración del principio de legalidad penal.

48 COCA VILA, I., “Stealthing: ¿violación o agresión sexual?” en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, N.º 4, 2024, p. 485.

49 CASTELLVÍ MONSERRAT, C., “Engaño, consentimiento y acceso carnal” en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, N.º 4, 2024, p. 494.

En conclusión, dado que el *stealth* es una agresión sexual y que la misma consiste en un acceso carnal, sin más matices que poder realizar al respecto, procede la aplicación del tipo agravado. Este es el razonamiento empleado por los Magistrados suscriptores del voto particular analizado, en el que se prima, como ya se ha dicho, un juicio de subsunción literal u objetiva, excluyendo cualquier tipo de sesgo relativo a la mayor o menor gravedad que los hechos pudieran tener.

Lo anterior lleva a abordar igualmente la problemática de la desproporcionalidad en materia penológica a la que alude el criterio mayoritario, dada la aplicación del tipo agravado del delito de agresión sexual. Y a tal efecto, entienden estos Magistrados que la vía para solventarla no es la aplicación, en su caso, de un tipo distinto al que, según este criterio, corresponde, sino a las vías legalmente dispuestas al efecto.

De otro lado, respecto del elemento del engaño, los Magistrados firmantes del voto particular muestran su especial oposición a una concreta frase recogida en la sentencia, y ésta es la que sigue: *“no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual”*. Igualmente se achaca la calificación del consentimiento regulado en los delitos contra la libertad sexual como “débil”, así como la presentación de ridículos ejemplos -acceder a mantener relaciones sexuales con una persona que dice ser famosa-, en tanto que el consentimiento recae sobre los actos de contenido sexual y no sobre las motivaciones para llevar a cabo tal acto.

Y se concluye, que la negación por parte del criterio de la mayoría de que el engaño no constituye un medio típico en delitos sexuales se limita a una cuestión cuantitativa, esto es, el temor de que la admisibilidad del engaño como presupuesto de una agresión sexual implique una aplicación desmesurada del tipo con la consiguiente *“insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos”*, y, consecuentemente la multiplicación de pleitos en los que ellos se traduciría, con el evidente colapso que ello implicaría para la Administración de Justicia.

Si bien, lo anterior, entienden estos magistrados, no es realmente una decisión basada en el principio de principio de intervención mínima del Derecho penal, sino una vía errónea que nace por el hecho de no encontrar fórmulas satisfactorias para reducir una posible sobreactuación del Derecho penal.

Partiendo de los anteriores puntos de divergencia, se argumenta que, en tanto que el principio de autonomía sexual implica un consentimiento manifestado libremente, el engaño llevado a cabo sobre el sujeto pasivo viciando su consentimiento, que no manifiesta libremente su voluntad, sí rellena la tipicidad del delito. Y para evitar la referida aplicación desmesurada del Derecho Penal, entienden estos Magistrados, existen métodos alternativos a negar toda posibilidad anterior, esto es, lo correcto será, en su caso, aplicar un previo proceso de discriminación entre aquellos supuestos donde existe un engaño motivacional, descartándolos en tanto que el engaño no tiene relevancia penal en estos casos, de aquellos otros en los que el engaño recae sobre el propio contenido de la relación, esto es, el quién, el cómo y la forma de la relación consentida.

Por tanto, se admite que efectivamente existen supuestos en los que el engaño carece de relevancia penal, pero no es la anterior una premisa absoluta. De modo que se requiere un análisis relativo a relevancia del engaño, causalidad con la relación y afectación del bien jurídico para determinar si el mismo permite o no abrir un debate jurídico sobre la posibilidad de apreciar un delito, incluyendo también a los relativos a la libertad sexual.

Lo anterior aplicado al *stealthing* supone analizar si el engaño relativo a la utilización del preservativo afecta a la relación consentida, recogiénose en el voto particular una respuesta afirmativa, esto es, este engaño concreto que define al propio *stealthing* sí tiene la relevancia precisa para afirmar la tipicidad en el delito de agresión sexual. Y ello es así porque el uso de preservativo constituye una parte esencial del consentimiento prestado por la víctima para mantener un acto de contenido sexual penetrativo.

Ello se basa en el razonamiento de que la realización de un acto sexual con penetración es de distinta naturaleza en función de si se realiza con o sin preservativo, puesto que existe un *aliud* relativo a la afectación del contacto corporal, es decir, existe una variación en ambos casos en cuanto a la concepción del espacio de sexualidad compartido.

Dicho lo anterior, conviene matizar, a efectos prácticos, que la emisión de este voto particular, así como de cualquier otro, trasciende de la mera plasmación de un descuerdo de criterio con la fundamentación o razonamientos jurídicos del criterio mayoritario, sino que puede tener cierto impacto tanto en la doctrina y, lo que es más importante, en la propia jurisprudencia.

Esto es, la línea argumental que se presenta ahora alternativa puede en el futuro acoger otra línea jurisprudencial distinta a la que se plasma en la actualidad. Y aunque lo cierto es que solamente se dictado por el Tribunal Supremo una única sentencia relativa al *stealthing* es previsible esperar que más supuestos de este tipo lleguen no solo a instancias inferiores, sino también al Alto Tribunal para que se pronuncie y asiente un criterio jurisprudencial propiamente dicho.

De modo que, dado que en la única resolución sobre el *stealthing* en España existe una disparidad de opiniones expresadas por los magistrados, cabe la posibilidad que los distintos escritos jurídicos, desde denuncias de las víctimas, pasando por querellas redactadas por profesionales de la abogacía hasta resoluciones de Tribunales menores, pueden acoger uno u otro criterio.

IV. CONCLUSIONES FINALES

El análisis realizado en el presente trabajo sobre la reconocida como nueva modalidad delictiva del *stealthing* pone de manifiesto una serie de elementos con los que cabe concluir el mismo.

1. En primer lugar, y como ya se ha manifestado, el fenómeno del *stealthing* plasma la necesaria adaptabilidad que el Derecho y, consecuentemente, los profesionales de este sector, deben demostrar a la hora de acoger los cambios sociales que se experimentan en una sociedad moderna. Esta naturaleza dinámica supone que, en muchas

ocasiones, los cambios en los que se traducen estas exigencias no se logran a través de la vía legislativa, ya que la misma requiere de una serie de formalismos que impiden la agilidad necesaria para lograr el reflejo del sentir general en el Derecho.

Y, precisamente, en estas situaciones en las que la Ley es incapaz de proporcionar una respuesta a tiempo, la labor desempeñada por los juzgados y tribunales se convierte en un recurso invaluable. De este modo, a través de las distintas resoluciones dictadas se encuentra un importante recurso para lograr la correcta defensa de los derechos de los justiciables.

El *stealthing* es muestra de lo anterior, pues el primer pronunciamiento judicial efectuado en España sobre el mismo se recogió precisamente mediante sentencia en el año 2019⁵⁰, y, desde ese momento, no ha habido un reconocimiento expreso en la legislación penal de esta concreta modalidad de agresión sexual. Lo anterior conlleva, inevitablemente, la falta de determinación de unos criterios uniformes relativos a la interpretación del delito, incluyendo los elementos de prueba necesarios para su apreciación.

Precisamente por ello, la sentencia del Tribunal Supremo que ha servido como elemento central del presente trabajo tiene una significación especial, ya que, si bien no sienta jurisprudencia propiamente dicha al respecto, sí se presenta como un precedente que servirá de guía a la hora de actuar como profesional del Derecho en un asunto de *stealthing*.

- II. De igual modo, debe ponerse de relieve otra de las particularidades que el tratamiento el *stealthing* ha tenido en el caso de España, lo cual es habitual, máxime en relación con los primeros pronunciamientos sobre una nueva modalidad delictiva. Y es que la sentencia del Tribunal Supremo analizada presenta dos posturas que difieren. Esta disensión no se refiere a la calificación del *stealthing* como conducta incardinable en los delitos contra la libertad sexual, sino que afecta a extremos más concretos de la conducta que repercuten directamente en la dimensión de la pena a imponer, esto es, la apreciación del engaño como medio típico en delitos sexuales y la aplicación de la circunstancia agravante de acceso carnal.

La anterior disparidad de criterios merece dos reflexiones. En primer lugar, y como ya se ha mencionado, la posibilidad de que los profesionales de la abogacía a la hora de afrontar un supuesto de *stealthing* puedan construir su estrategia legal acogiéndose a una u otra postura según sus intereses. Si bien, y como es esperable, más supuestos de *stealthing* se judicializarán y el Tribunal Supremo acabará por conocer de ellos, momento en que el Alto Tribunal se decantará por una de las posturas interpretativas, asentando así jurisprudencia y marcando las pautas de esta modalidad delictiva.

Y, en segundo lugar, que el reconocimiento expreso del *stealthing* en la legislación facilitaría su tratamiento legal, por lo que una nueva reforma del Código Penal que

⁵⁰ SJPI N.º 2 de Salamanca 155/2019, de 15 de abril, cit.

incluya explícitamente esta práctica como una agresión sexual y la clasifique en un concreto precepto con su correspondiente pena, zanjaría todo debate, especialmente en lo concerniente a la aplicación o no de la modalidad agravada de acceso carnal.

III. Finalmente, incidir una vez más en cuanto a la problemática que la capacidad probatoria puede suponer en el *stealthing* dada la naturaleza compleja de este delito, puesto que las concretas circunstancias sobre las que se construya el asunto afectarán directamente en las probabilidades de éxito, tanto desde la perspectiva del sujeto activo como del pasivo.

Así, existirá una diferencia sustancial a efectos de prueba, entre la víctima que denuncia en el momento de ocurrir los hechos presuntamente delictivos, caso de la sentencia del Tribunal Supremo analizada, pues se podrá realizar un análisis médico o ginecológico que permita apreciar la existencia de restos de semen, lesiones vaginales... y aquella víctima que denuncia transcurrido un largo tiempo, siendo previsible que su denuncia acabe por sustentarse únicamente en su declaración. Del mismo modo, y en cuanto al elemento objetivo de previo acuerdo para el uso de preservativo, su apreciación dependerá de si existe un reconocimiento por escrito del mismo vía conversación de WhatsApp o si se reduce a la credibilidad del testimonio de la presunta víctima.

IV. En conclusión, el asesoramiento jurídico en casos de *stealthing* debe ser flexible y adaptativo, respondiendo a las particularidades de cada situación y a la evolución de la normativa y la jurisprudencia. Solo así se podrá garantizar una defensa efectiva y una adecuada representación de los intereses de las partes involucradas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., "Delitos contra la libertad sexual (I)", en AA.VV.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Volumen I, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (Dir.), Iustel.

BARVADIÓ ANTÓN, C., "Reflexiones sobre el consentimiento en los delitos de agresión sexual de las leyes del «solo sí es sí»: ¿legislando a martillazos?", en AA.VV.: *La reforma de los delitos sexuales*, Capítulo II, MARTÍNEZ GALINDO, G., (Dir.), Bosch Editor, 2024.

CANCIO MELIÁ, M., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual: un inventario" en *Cuadernos digitales de formación*. Consejo General del Poder Judicial. Nº. 46, 2009.

CANCIO MELIÁ, M., "Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual", en *La Ley Penal*, Nº. 80, 2011.

CASTELLVÍ MONSERRAT, C., "Engaño, consentimiento y acceso carnal" en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, N.º 4, 2024.

COCA VILA, I., "Stealthing: ¿violación o agresión sexual?" en *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, N.º 4, 2024.

DE LAS HERAS VIVES, L., “El problema del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual de personas mayores de dieciséis años”, en AA.VV.: *Víctimas y agresores en delitos contra la libertad sexual: un análisis integral*, Parte I, VINAGRE GONZÁLEZ, A.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M. / SOTO CASTRO, J.E., (Dirs.), Bosch Editor, 2024.

ESQUINAS VALVERDE, P., “Delitos contra la libertad sexual (I)”, en AA.VV.: *Lecciones de derecho penal parte especial*, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., (Dir.), Tirant Lo Blanch, 2023.

GARCÍA, M-F., “Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 18, Nº 1, 2020.

MARCHENA GÓMEZ, M., “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)”, en *Diario La Ley*, 1990.

PUENTE RODRÍGUEZ, L., “Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 25, 2022.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento”, en AA.VV.: *Comentarios a la ley del «solo sí es sí» Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. (Coord.), Atelier, 2023

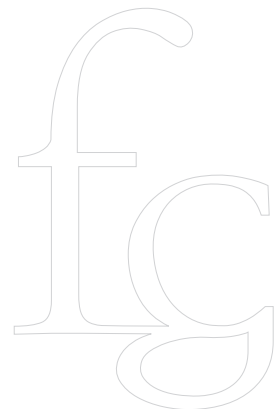
SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Editorial Aranzadi, 1995.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 01-12, 1999.

VINAGRE GONZÁLEZ, M.A., “Revictimización en la fase de instrucción penal: el iter victimie post criminis”, en AA.VV.: *Víctimas y agresores en delitos contra la libertad sexual: un análisis integral*, Parte III, VINAGRE GONZÁLEZ, A.M. / AGUILAR CÁRCELES, M.M./ SOTO CASTRO, J.E., (Dirs.), Bosch Editor, 2024.

NORMAS DE
EDICIÓN

fcg



NORMAS DE EDICIÓN

1. Los **trabajos serán originales**, redactados en lengua castellana o en gallego (de acuerdo con la legislación autonómica vigente en materia de normalización lingüística). El autor o autores (en caso de que el trabajo fuese colectivo) se responsabilizarán, con carácter exclusivo, de lo vertido en los mismos.
2. Los trabajos **se presentarán** en hojas DIN-A4, mecanografiados a espacio 1,5, por una sola cara y con páginas numeradas. El formato de letra será Times New Roman y el tamaño 12 puntos para el texto y 10 para las notas a pie de página. Incluirán, en su caso y como máximo, 15 gráficos o tablas.
3. La **extensión** máxima de los trabajos, incluyendo bibliografía, será la siguiente: para los estudios doctrinales un máximo de 50 páginas; para los comentarios de jurisprudencia un máximo de 10 páginas; para las crónicas de jornadas jurídicas un máximo de 20 páginas; y para las recensiones un máximo de 10 páginas.
4. El **título del trabajo** será breve (como máximo ocho palabras) y podrá añadirse un subtítulo. No contendrá ni abreviaturas ni notas. El título de la colaboración se escribirá en letra mayúscula y negrita, y el tamaño de letra será de 14 puntos.
5. Debajo del título, en el lado derecho, figurará en letra versal y en tamaño de 12 puntos el **nombre y apellidos del autor**. Y debajo del mismo, en letra cursiva y tamaño de letra de 11 puntos, la profesión o cargo principal con el que desean ser presentados.

6. En el caso de los estudios doctrinales se deberá añadir después del título un **breve resumen del contenido del trabajo** (extensión máxima de 10 líneas), sin notas a pie y en la lengua escogida para su desarrollo así como en inglés. Igualmente, se incluirá una relación de palabras clave (entre 5 y 10) indicativas del contenido del estudio, en los dos idiomas utilizados para el resumen.
7. Al comienzo del texto, de dividirse el mismo en diversos epígrafes, figurará un **"sumario"**, en el que se reflejarán los distintos epígrafes, hasta un máximo de tres niveles por epígrafe, presentado conforme las instrucciones que se especifican a continuación:
 - a) Los primeros epígrafes se presentarán en letra mayúscula, con numeración romana y en negrita, indicando a continuación de un punto y seguido su correspondiente título en letra también mayúscula y negrita. No se utilizará punto al final de los epígrafes.
 - b) Las divisiones siguientes de los epígrafes se indicarán con numeración arábiga, también en negrita, seguida de un punto. Dentro de éstas, las nuevas divisiones se harán, sucesivamente y sin negrita, con letras mayúsculas seguidas de un punto (A., B., etc.), letras minúsculas seguidas de paréntesis [a), b), etc.] y letras minúsculas seguidas de un punto y número arábigo seguido de paréntesis [a.1), a.2), etc.].
8. Las **notas** se harán siempre a pie de página.
9. Al final del trabajo puede incluirse un apartado de **"bibliografía"**, que llevará este mismo título, en el que se solo se incluirán alfabéticamente las citas referidas en las notas a pie de página.
10. Las **citas** se realizarán conforme a los siguientes criterios:
 - a) Cuando se cite una monografía, deberán figurar en primer lugar los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre del autor (todo ello en letra versal). Seguidamente, y tras dos puntos, se hará constar, separados por comas, el título de la obra (en letra en cursiva); la editorial; el número de edición, en su caso; el lugar de edición; y la página (con la indicación "p.", a la que seguirá el número correspondiente) o páginas (con la indicación "pp." y el número inicial de la página, indicando a continuación "y ss.").
 - b) Cuando se trate de un artículo recogido en una revista, figurará en primer lugar el autor, con las indicaciones señaladas en el apartado anterior. A continuación y tras dos puntos, se hará constar, separados por comas, el título del artículo, entrecomillado; la revista (o siglas habitualmente utilizadas para referirse a ella), en letra cursiva; la indicación del número de la revista; el año de edición; y, en su caso, la página o páginas citadas de acuerdo con lo dispuesto para los libros.

- c) Cuando se trate de una obra colectiva o de un artículo recogido en una obra colectiva, se indicará, al principio y en referencia a la misma, las abreviaturas de autores varios ("AA.VV." o "VV.AA.", indistintamente). En caso de tratarse de un artículo dentro de una obra colectiva, este deberá ir entrecorillado. Después del título de la obra colectiva (que deberá ir en cursiva), se indicarán los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre (ambos en versal) del editor, coordinador o director de la obra, y a continuación, entre paréntesis, su indicación concreta abreviada ("ed.", "coord." o "dir."; o bien en plural si fueran varios: "eds.", "coords." o "dirs."). El resto de datos se ajustará a lo señalado en los dos párrafos anteriores.
 - d) Cuando se citen sucesivas veces una obra o artículo, se indicarán los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre del autor (todo ello en letra versal), y, tras dos puntos, las primeras palabras del título seguidas de puntos suspensivos (en cursiva, en caso de que se trata de un libro; y entrecorillado, para el caso de un artículo recogido en una revista u obra colectiva); a continuación se añadiría la abreviatura "cit.", y la página o páginas correspondientes; todo ello, separado por comas.
 - e) En el caso de citas de publicaciones o artículos recogidos en soporte electrónico, se seguirán los mismos criterios establecidos para las editadas en soporte papel, haciendo constar a mayores la correspondiente página web o dirección URL en que se contuviesen, con indicación de la fecha en que ha sido consultada.
11. A efectos de **envío de los trabajos**, habrán de remitirse en formato electrónico a la dirección de email de los coordinadores de la revista, José Ricardo Pardo Gato: jrpardogato@gmail.com; y José Luis Delgado Domínguez: secretariotecnico@icacor.es, así como en papel en la dirección C/ Federico Tapia, 11-bajo, 15004-A Coruña.



Les recordamos a todos los colegiados que pueden acceder a los números editados de **foro galego**, en formato digital, a través de nuestra página web **www.icacor.es** o, si los prefieren en soporte papel, solicitarlos en las oficinas del Colegio c/ Federico Tapia, 11 - Bajo. 15005 A Coruña



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE A CORUÑA

1760 - 2010



REAL ACADEMIA GALLEGA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE
ABOGADOS DE A CORUÑA

1760 - 2010



REAL ACADEMIA GALLEGA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



UNIVERSIDADE DA CORUÑA