

REVISTA
JURÍDICA
CONSEJO
NACIONAL DE
ESTUDIANTES
DE DERECHO

N.º 3
2025

DIRECCIÓN:

Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

Presidente de Honor del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

COORDINACIÓN:

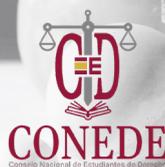
Dña. Lucía Domínguez Palacios

Vocal de Organización y proyectos del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

Universidad ESADE Ramon Llull.



revistas@colex.es



REVISTA

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO

© Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

☎ 910 600 164 ✉ info@colex.es

revistas@colex.es | ISSN: 2952-6361 | DL: C 408-2025

DIRECTOR:

Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.
Presidente de Honor del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.

COORDINACIÓN:

Dña. Lucía Domínguez Palacios

Vocal de Organización y proyectos del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho.
Universidad ESADE Ramon Llull.

CONSEJO EDITORIAL:

D. Alonso Sánchez Martín.

Universidad de Huelva. Presidente de CONEDE.

Dña. Blanca Ibarz Ribalta.

Universidad CEU San Pablo. Tesorera de CONEDE.

Dña. Laura Pascual Isidro.

Universidad de Valladolid.

Dña. Paula Moratinos Palomo.

Universidad de Valladolid

D. Luis Enrique Campos Lemetre .

Universidad de Santiago de Compostela.

D. Ángel David Espinar Costa.

Universidad de Santiago de Compostela.

D. Daniel Navarro Hernández.

Universidad de Alicante.

D. Manuel Polo Larios.

Universidad Pablo de Olavide.

D. Samuel Lee Guevara Rodríguez.

Universidad de Burgos

COMITÉ CIENTÍFICO:

Prof. Dr. D. Jesús Ruiz Poveda.

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

Prof. Dr. D. José León Alapont.

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia.

Prof. Dr. D. Álvaro Alzina Lozano.

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos.

Prof. Dr. D. Gabriel Martín Rodríguez.

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos.

Prof. Dr. D. Rafael Aguado Correa.

Profesor Titular de Hacienda Pública. Universidad de Huelva

Prof. Dr. D. Marcos Carchano Alcaraz.

Prof. Ayudante Doctor de Organización De empresas. Universidad de Castilla-La Mancha.

Profª Dra. Dña. Ana Castro Franco.

Contrada Postdoctoral FPU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de León.

Prof. Dr. D. Alejandro Llopis Blanque.

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

SUMARIO

Forjando el futuro de la profesión jurídica D. Alonso Sánchez Martín	7
--	---

SECCIÓN I. DOCTRINA

La protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer por el Comisario de Derechos Humanos* Camilo Villajos de Silva <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	11
La reducción de jornada. ¿Quién debe impulsarla? Joan Vila Valero <i>ESADE</i>	21
Una campaña electoral permanente en España: implicaciones jurídicas Pablo Álvarez Grande <i>Universidad de León</i>	31
El impacto de la inteligencia artificial en el derecho penal: delitos emergentes y marco jurídico europeo Francisco Jaime Romera Bravo <i>Universidad de Extremadura</i>	41
¿Es constitucional la amnistía? Una perspectiva jurídica Alfonso Maldonado de Miguel <i>Universidad CEU Cardenal Herrera</i>	51
La lliada de la presentación electrónica del IRPF: obligaciones fiscales formales vs. principios tributarios José Javier Sendín González <i>Universidad de Salamanca</i>	61
El consentimiento digital en la era de las <i>cookies</i> : retos, perspectivas y análisis doctrinal Sandra Francés Gutiérrez <i>CEU San Pablo</i>	71

SECCIÓN II. JURISPRUDENCIA

- La doctrina Saquetti: un análisis jurisprudencial a propósito de la STS 6321/2024 83
Ángela Ortiz Martínez
Universidad de Deusto
- Superliga, FIFA, UEFA y arbitraje ante el TAS. Comentario a la sentencia 69/2024, de 24 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid 95
Pedro Miguel Mata Chacín
Universidad Carlos III de Madrid
- El desalentador final de un caso emblemático: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), Caso Couso Permury v. Spain, de 25 de julio de 2024 105
Sergio Aguado Silvestre
Universidad de Salamanca
- La libertad de expresión y sus límites, STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 235/2007, de 7 de noviembre y su interpretación contemporánea 117
María del Carmen García Sanfeliu
Universidad CEU Cardenal Herrera
- A vueltas con el arbitraje testamentario: Breve revisión de una figura indebidamente olvidada 127
Mateo Martínez Navalón
Universidad Carlos III de Madrid

Forjando el futuro de la profesión jurídica

Estimados lectores, compañeros y apasionados del Derecho:

Nos complace presentar la tercera edición de la Revista Jurídica de CONEDE, un proyecto que continúa consolidándose como un referente para los estudiantes de Derecho en España. Desde su nacimiento, esta revista ha sido un espacio dedicado a fomentar el análisis y la investigación jurídica entre los futuros profesionales del sector, dando así cobertura a todos los estudiantes de nuestro país que lo deseen.

Este número sigue fiel al propósito que forjó esta revista: brindar a los estudiantes de grado, máster y doctorado la posibilidad de expresar sus ideas, compartir su visión sobre las resoluciones judiciales más relevantes y debatir sobre temas de actualidad en el mundo del Derecho. A través de estos artículos, nuestros compañeros no solo desarrollan sus habilidades investigadoras, sino que también contribuyen activamente al enriquecimiento del debate jurídico en nuestro país. Es decir, a través de esta revista, brindamos la posibilidad de seguir forjando el futuro de esta profesión, la del jurista que, en palabras de Voltaire, es la más bonita del mundo.

Desde el Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho, asumimos con entusiasmo el compromiso de ofrecer herramientas que favorezcan el crecimiento académico y profesional de nuestros miembros. Gracias al respaldo de la prestigiosa editorial Colex, esta publicación continúa siendo una plataforma que impulsa el talento y la vocación jurídica de nuestra comunidad estudiantil.

Todos sabemos que el Derecho es una disciplina en constante evolución, un pilar fundamental de nuestra sociedad que regula cada aspecto de nuestra vida cotidiana.

Para quienes nos dedicamos a su estudio y aplicación, representa un universo lleno de oportunidades y retos apasionantes. Con esfuerzo y dedicación, cada estudiante puede encontrar en él un camino hacia la excelencia y la realización profesional.

En CONEDE, queremos seguir acompañándoos en este recorrido, ofreciendo nuestro apoyo y recursos para que logréis vuestras metas y, en un futuro, sigáis defendiendo con pasión la importancia de la educación y la investigación jurídica. Nuestro objetivo es que esta revista siga siendo un punto de encuentro para el talento emergente del ámbito jurídico español.

Os invitamos a disfrutar de esta nueva edición y a sumergiros en el conocimiento compartido por vuestros compañeros, algunos ya juristas y otros aún en el camino.

D. Alonso Sánchez Martín

Presidente del Consejo Nacional de Estudiantes de Derecho

SECCIÓN I. DOCTRINA

La protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer por el Comisario de Derechos Humanos*

Camilo Villajos de Silva

Doctorando en Derecho internacional y europeo, Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Aunque no goce de la preponderancia del TEDH, la institución del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha venido supervisando, desde su creación, el cumplimiento por parte de los Estados miembros de sus obligaciones en materia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

A su trabajo con visitas a los diferentes Estados y los informes elaborados poniendo de manifiesto carencias en la protección de estos derechos, como es el caso de las prácticas de esterilización forzada o de no contar con el consentimiento informado de la mujer para la realización de determinadas prácticas médicas, se unen intervenciones en el TEDH en contenciosos sobre interrupción voluntaria del embarazo, supervisando asimismo el cumplimiento de las sentencias.

Por lo que a España respecta, tras alabar las últimas reformas legislativas en la materia y criticar las desigualdades entre CC. AA., ha incidido en la necesidad de dar el debido cumplimiento a los dictámenes del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en recientes casos sobre violencia obstétrica, a cuyas víctimas aún no se ha indemnizado, así como de abandonar cualquier práctica no consentida en el ámbito de la salud ginecológica y materna.

PALABRAS CLAVE

Comisario de Derechos Humanos – CEDAW - Derechos de la mujer - Derechos reproductivos - Violencia obstétrica..

1. Breve introducción a la figura del Comisario: un Defensor del Pueblo en el Consejo de Europa

El Comisario de Derechos de Humanos es un órgano del Consejo de Europa creado por mor de la Resolución (99) 50 del Comité de Ministros de dicha organización internacional¹. Según la misma, tiene encomendadas expresamente las funciones de fomento de la educación y sensibilización en materia de derechos humanos en los Estados miembros del Consejo de Europa, según quedan configurados en los instrumentos convencionales de la organización internacional, así como la identificación de insuficiencias en la normativa y en las prácticas de los Estados en lo relativo al respeto de los derechos humanos y la colaboración con ellos para subsanarlas.

Se le concibe como una institución no judicial encargada de promover la educación y la sensibilización sobre los derechos humanos, debiendo llevar a cabo su labor con independencia, imparcialidad y cooperación con los Estados. Desde el día 1 de abril de 2024, es el irlandés Michael O' Flaherty el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Para cumplir las funciones que se le atribuyen, el Comisario, principalmente, elabora informes tras las visitas que realiza a los Estados miembros del Consejo de Europa, en los que recoge las inobservancias que ha apreciado en el respeto a los derechos humanos. Asimismo, emite recomendaciones y opiniones acerca de cómo conseguir un mayor respeto a los derechos humanos por parte de los Estados.

Desde la pasada década y fruto de un notable incremento de la utilidad de sus estudios sobre el respeto a los derechos humanos y las violaciones de los mismos o los problemas estructurales y sistemáticos en el conjunto de Estados miembros del Consejo de Europa, se han atribuido otras facultades al Comisario, como la de intervenir *motu proprio* en los asuntos contenciosos y consultivos que se tramiten ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)², así como la de apoyar al Comité de Ministros en sus funciones de supervisión de la ejecución de las sentencias dictadas por aquel³.

1 Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación: «La CEDAW 40 años después: ¿Los derechos líquidos de la mujer?» (Referencia PID2021-122788OB-I00), Programa de Proyectos de I+D, Proyectos de Generación del Conocimiento, Agencia Estatal de Investigación, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (cofinanciado por la Unión Europea). Investigadora Principal: Dra. Ana Gemma López Martín.

Resolución (99) 50, sobre el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de mayo de 1999 en su 104.ª sesión.

2 Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, CETS No. 194, 13 de mayo de 2004.

3 Reglas del Comité de Ministros para la vigilancia de la ejecución de las sentencias y acuerdos

2. Su actividad para proteger y defender los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

Habiendo realizado la presentación que merece una institución protectora de los derechos humanos tan desconocida como activa en la defensa de los mismos, procede centrarnos en la actividad que ha llevado a cabo para promocionar y defender los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que es el objeto de nuestro estudio.

2.1. En el marco general del Consejo de Europa

El interés del Comisario por esta materia ha sido previo incluso a la adopción de un primer instrumento normativo sobre los derechos de las mujeres por parte de los Estados del Consejo de Europa, como el denominado Convenio de Estambul⁴, de 11 de mayo de 2011. En el mismo, se recogen las obligaciones de los Estados para prevenir y luchar contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, entre las que destacan la obligación de tomar medidas legislativas que tipifiquen como delito la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual (incluida la violación), los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización forzados, así como las medidas de protección a las víctimas de estos que han de desplegarse en su caso.

De hecho, en los informes de los primeros Comisarios ya se observa una preocupación por los derechos de las mujeres, si bien ligada mayormente a poblaciones en situaciones vulnerables, como los romanes o los migrantes y refugiados. No obstante, a raíz de que estos derechos fueron adquiriendo cada vez más protagonismo, el Comisario ha ido intensificando su compromiso con el respeto de estos en los Estados miembros, estudiando pormenorizadamente las diferentes facetas de los derechos de la mujer, y haciendo hincapié en la vertiente sexual y reproductiva. Así se puede ver en el informe de junio de 2019, después de su visita a Polonia, en el que puso de manifiesto las consecuencias de una normativa sumamente restrictiva en este ámbito⁵; en el de noviembre de 2023, tras su visita a Italia, en el que urgía un incremento presupuestario para asegurar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en dicho país⁶; o incluso en relación con España, tal y como después se abordará.

amistosos (Regla 9), adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en su 964.^a sesión y enmendadas el 10 de enero de 2017 en su 1275.^a sesión.

- 4 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. CETS No. 210, 11 de mayo de 2011.
- 5 CommDH(2019)17, Report on the visit to Poland, from 11 to 15 March 2019, by Dunja Mijatović, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Estrasburgo, 28 de junio de 2019.
- 6 CommHR(2023)37, Country visit report on Italy following the visit from 19 to 23 June 2023, by Dunja Mijatović, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Estrasburgo, 13 de diciembre de 2023, par. 153-154.

A pesar de que los informes periódicos y los elaborados como consecuencia de sus visitas a los Estados son el principal medio que tiene a su disposición para dar a conocer las carencias de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, es en el documento temático denominado *Women's sexual and reproductive health and rights in Europe* donde se ha expuesto de forma concisa y apremiante la situación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁷.

Así las cosas, el Comisario enunciaba la necesidad de que se reafirmen los compromisos a favor de los derechos humanos de las mujeres, evitando tomar medidas regresivas que comprometan la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer; procurando la necesaria inversión para su garantía; eliminando todo tipo de discriminación en la legislación de los Estados, así como cualquier tipo de práctica coercitiva; asegurando que siempre se cuente con el consentimiento libre e informado de la mujer para las prácticas de salud sexual y reproductiva; y, finalmente, estipulando los recursos legales que sean precisos en caso de que se vulneren sus derechos. En concreto, se destacaba, dentro del marco de los derechos sexuales y reproductivos, la necesidad de ofrecer una educación sexual completa, un acceso a los medios anticonceptivos y a la práctica del aborto (especialmente en los casos de rechazo por los profesionales médicos), y una protección de sus derechos en el momento del parto.

La preocupación del Comisario por este ámbito de los derechos humanos ha sido tal que, recientemente, en febrero de 2024, se ha publicado un informe de seguimiento al estudio e indicaciones aportadas en dicho documento temático⁸.

Destaca también la inquietud y monitorización constante del respeto de los derechos sexuales y reproductivos, como se puede comprobar con el envío de cartas ante situaciones acuciantes para su disfrute por parte de las mujeres de determinados Estados. En este sentido, cabe mencionar las misivas dirigidas a diferentes cargos del Gobierno de Eslovaquia, en noviembre de 2019, en septiembre de 2020 y en junio de 2023 por la Comisaria Mijatović (primera mujer en ocupar este cargo).

La primera de ellas alertaba de que las restricciones propuestas en el acceso legal y seguro a la interrupción voluntaria del embarazo serían contrarias al principio de no regresión que rige en sede de derechos humanos y que implica una prohibición de desplegar medidas que mermen los derechos ya existentes en el ámbito de la salud. Recordaba, asimismo, en un claro diálogo con las instituciones internacionales protectoras de los derechos humanos, que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) se había pronunciado en este mismo sentido. En la segunda, que versaba sobre el mismo asunto, se congratulaba de que las proposiciones normativas que cercenaba estos derechos no habían llegado a buen puerto, pero incidía nuevamente en la necesidad de que el nuevo proyecto norma-

7 CommDH/IssuePaper (2017)2, *Women's sexual and reproductive health and rights in Europe*, Issue Paper by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Estrasburgo, 4 de octubre de 2017.

8 CommHR (2024)12, *Follow-up report on the 2017 Issue Paper: Sexual and reproductive health and rights in Europe. Progress and challenges*, Estrasburgo, 26 de febrero de 2024.

tivo no conculca el principio de no regresión. En la última de ellas, aportaba indicaciones que debían tenerse en cuenta a la hora de articular los mecanismos de indemnización de los daños causados a las víctimas de esterilización forzada en Eslovaquia, tales como la existencia de un montante adecuado y proporcional al daño infligido (pues el propuesto era inferior al concedido por los tribunales nacionales y por el TEDH), la flexibilidad en las pruebas que necesiten presentar las víctimas o la extensión del plazo para iniciar los trámites.

No debería asombrarnos esta última preocupación del Comisario, pues justamente las prácticas de esterilización de las mujeres en Eslovaquia fueron el motivo que le llevó a emitir una de las primeras recomendaciones, allá en octubre de 2003⁹, en la que instó a la adopción urgente de normativa que obligase a pedir el consentimiento libre e informado en cualquier tipo de intervención médica, incluidas las esterilizaciones, así como la mejora de los servicios ginecológicos y obstétricos en el país, recordando que deberá indemnizar y excusarse ante las mujeres que hayan sido sometidas a estas prácticas sin haber recabado su consentimiento mediante mecanismos rápidos, eficaces, igualitarios y justos.

Por último, en lo que respecta a su interacción con otros órganos del Consejo de Europa, el Comisario ha intervenido en asuntos sustanciados ante el TEDH en los que se estaba conociendo de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres¹⁰, destacando doce en los que Polonia era el Estado demandado y que versaban sobre las severas restricciones existentes en dicho país para acceder al aborto. A juicio de la Comisaria, la legislación existente —cuyo cambio apremia— era contraria a las previsiones del CEDH, concretamente al derecho a no sufrir tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3) y al derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8).

La Comisaria Mijatović también colaboró con el Comité de Ministros en la supervisión del cumplimiento de sentencias relativas a estos derechos por parte de Polonia (en verdad, fue la primera vez que puso en práctica este mecanismo)¹¹: se trata de tres casos en los que a las mujeres se les había impedido interrumpir su embarazo y cuya condena a dicho Estado aún estaba pendiente de ejecución desde hacía entre ocho y trece años.

9 CommDH (2003)12, Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning certain aspects of law and practices relating to sterilization of women in the Slovak Republic, Estrasburgo, 17 de octubre de 2003.

10 CommDH(2021)31, Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 3, of the European Convention on Human Rights, K.B. v. Poland and 3 other applications (applications nos. 1819/21, 3682/21, 4957/21, 6217/21), K.C. v. Poland and 3 other applications (applications nos. 3639/21, 4188/21, 5876/21, 6030/21), and A.L. - B. v. Poland and 3 other applications (applications nos. 3801/21, 4218/21, 5114/21, 5390/21), Estrasburgo, 28 de octubre de 2021.

11 CommDH(2020)3, Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of Judgments and of the terms of friendly settlements in the cases of Tysiãc v. Poland (application no. 5410/03, judgment of 20 March 2007), R. R. v. Poland (application no. 27617/04, judgment of 26 May 2011) and P. and S. v. Poland (application no. 57375/08, judgment of 30 October 2012), Estrasburgo, 27 de enero de 2020.

Entre otras cuestiones, manifestó al Comité de Ministros (recordemos que, en última instancia es el órgano que podría hacer cesar la membresía de un Estado en el Consejo de Europa) que el respeto de Polonia a este derecho no solo no había mejorado, sino que estaba empeorando, considerando que debía instarse a dicho Estado a legislar de manera urgente para establecer procedimientos claros sobre el aborto, haciendo pública la lista de profesionales a los que poder acudir, simplificando el proceso de objeción de conciencia y proveyendo a las mujeres de la información suficiente sobre sus derechos.

2.2. Referencia particular a la situación en España

Si bien las primeras preocupaciones en relación con los derechos de las mujeres en nuestro país se pusieron de manifiesto por el Comisario desde su primer mandato, estas no tuvieron por objeto la protección de los derechos sexuales y reproductivos *per se*.

Así las cosas, tras su visita de nueve días en marzo de 2005, el Comisario Gil-Robles y Gil-Delgado recomendó a España que estudiará la aprobación de normativa relativa al asilo de mujeres víctimas de violencia de género, que estableciera mecanismos de protección a las mujeres extranjeras en situación irregular y que, ante la solicitud de una orden de protección para las víctimas de violencia de género, adoptará todas las medidas necesarias para que el juez resolviera con la mayor celeridad¹². Posteriormente, tras su visita realizada en junio de 2013, el Comisario Muižnieks sí que hizo una sucinta mención a que, dentro de la generalización de los recortes presupuestarios en el ámbito sanitario como consecuencia de la crisis económica y las dificultades en el acceso al mismo para las personas en situación irregular, sí que se había mantenido en condiciones de universalidad y gratuidad para las mujeres embarazadas¹³.

No obstante, fue ya con la Comisaria Mijatović cuando se abordó amplia y detalladamente en un informe la situación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en nuestro Estado, tras la visita efectuada en noviembre de 2022. En el informe redactado con posterioridad comenzó aludiendo, en lo que a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres respecta, al Documento Temático del año 2017, para después destacar determinados aciertos y ámbitos de mejora de España en este ámbito¹⁴.

Por un lado, se aludió de forma positiva a las reformas legislativas llevadas a cabo en materia de salud y financiación de anticonceptivos. Por otro lado, diversas fueron las inquietudes mostradas en su informe sobre este ámbito: en primer lugar, la necesaria coordinación de las Administraciones territoriales para que las mujeres puedan ejercer plenamente sus derechos, dadas las desigualdades existentes en este ámbito entre las diferentes CC. AA.; en segundo lugar, la urgencia de que los servicios de salud sexual y

12 CommDH (2005)8, Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España, 10-19 de marzo de 2005, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005.

13 CommDH (2013)18, Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013. Estrasburgo, 9 de octubre de 2013.

14 CommHR (2023)9, Report on Spain following the visit from 21 to 25 November 2022, by Dunja Mijatović, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Estrasburgo, 5 de mayo de 2023.

reproductiva de alta calidad fueran realmente universales; en tercer lugar, la necesidad de implantar programas gratuitos de educación sexual con rigor científico y participación de la sociedad civil para los más jóvenes; y, en cuarto lugar, la perentoriedad en abandonar cualquier práctica coercitiva o inapropiada en los servicios de salud ginecológica y materna, especialmente en caso de ausencia del consentimiento de la paciente.

Más recientemente, en el informe de seguimiento al documento temático *Women's sexual and reproductive health and rights in Europe*, elogió a España por la remoción de obstáculos en el acceso al aborto, tanto por la reforma de la legislación penal para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo como por la aprobación de la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁵.

Aun así, dado que el Comisario entiende que la protección de los derechos humanos no se debe circunscribir a un determinado instrumento normativo, y menos aún a una única organización internacional, se alertó sobre la falta de indemnización a las víctimas de los tres casos más recientes en los que el Comité CEDAW ha determinado el incumplimiento de España de la Convención homónima. Una llamada de atención que tuvo que reiterar en el ya mencionado informe de seguimiento de 2024.

En concreto, se hace referencia en ellos a situaciones de violencia obstétrica, que, como tal, no aparece contemplada en los tratados internacionales del Consejo de Europa mencionados, pero que podría considerarse una práctica vulneradora de algunos derechos contemplados en los mismos. Es la Comisaria quien ha puesto de manifiesto la falta de cumplimiento de España de los dictámenes del CEDAW, siendo la única instancia tuitiva de los derechos humanos en Europa que ha defendido los derechos de estas víctimas de violencia contra la mujer, a las que se les ha vulnerado sus derechos sexuales y reproductivos y que aún hoy no han sido compensados.

De hecho, en el último de los casos¹⁶, la comunicante había previamente interpuesto demanda contra España ante el TEDH, que fue inadmitida, lo cual denota las dificultades para subsumir determinados derechos humanos de más reciente generación en los contemplados en el CEDH. Si bien el Comité CEDAW le da la razón y determina el incumplimiento por parte de España de sus obligaciones a la hora de que las mujeres accedan a servicios adecuados de salud durante el embarazo, parto y puerperio, asegurando su derecho a una maternidad segura y con los servicios obstétricos adecuados y a que el personal sanitario no lleve a cabo actuaciones violentas durante estos procesos, nos encontramos con la problemática de ejecución de dicho dictamen.

Aunque podría reclamarse la responsabilidad patrimonial del Estado, al ser esta resolución del Comité presupuesto habilitante para ello, hasta el momento ningún otro

15 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 1 de marzo de 2023).

16 Dictamen del Comité en virtud del artículo 7, párrafo 3, del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación núm. 154/2020, CEDAW/C/84/D/154/2020, 9 de marzo de 2023.

órgano ha supervisado el cumplimiento y ha defendido el derecho de estas mujeres a ser indemnizadas de forma suficiente como dictaminó el Comité CEDAW, a pesar de que, como establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹⁷, las disposiciones normativas internas no han de ser un óbice que argüir para incumplir las obligaciones internacionales del Estado, en este caso de España.

3. Conclusiones

Como se ha podido apreciar a lo largo de este estudio, aunque el protagonismo en materia de protección de los derechos humanos en el seno del Consejo de Europa lo ostenten otros órganos como el TEDH, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa contribuye, con los mecanismos de los que dispone, a velar por que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos y, concretamente, en materia de derechos de las mujeres.

En su vigésimo quinto aniversario y encontrándose en permanente contacto con su homólogo nacional, el Comisario ha sabido estar a la altura de las circunstancias y de lo que la sociedad espera de un Estado cuando se compromete a cumplir determinados estándares de derechos humanos.

De esta manera y, más concretamente en sede de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, ha aportado una perspectiva *pro homine* de los mismos, supervisando las actuaciones de los Estados constantemente en este ámbito, asegurando que las modificaciones legislativas no sean regresivas y favoreciendo las debidas indemnizaciones a las mujeres que, desafortunadamente, han visto en algún momento de su vida violentada su dignidad al no respetarse su indemnidad sexual.

4. Anexos

4.1. Obras doctrinales

FERNÁNDEZ DE CASAEVANTE ROMANÍ, C., «El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa», en Id. (Coord.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2010, pp. 481-524.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Á., *Un Comisario en el Consejo. Recuerdos en la bruma del olvido*, Ediciones Universidad de Valladolid: Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2024.

17 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, United Nations, *Treaty Series*, v. 1155, p. 331, 23 de mayo de 1969.

MIJATOVIĆ, D. Y WEBER, A., «The Council of Europe Commissioner for Human Rights and the European Court of Human Rights: an ever-closer relationship», *Revue québécoise de Droit International*, edición especial, 2020, vol. 33, pp. 79-98.

SCHMAHL, S. Y BREUER, M., *The Council of Europe. Its Law and Policies*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

4.2. Legislación

4.2.1. Tratados internacionales

- Estatuto del Consejo de Europa, ETS No. 001, 5 de mayo de 1949.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la salvaguarda de las libertades fundamentales, ETS No. 005, 4 de noviembre de 1950.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, United Nations Treaty Series, Vol. 1249, p. 1, 18 de diciembre de 1979.
- Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, CETS No. 194, 13 de mayo de 2004.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, CETS No. 210, 11 de mayo de 2011.

4.2.2. Resoluciones del Consejo de Europa

- Resolución (99) 50, sobre el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de mayo de 1999 en su 104.^a sesión.

4.3. Informes y Documentos Temáticos del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa

- CommDH (2003)12, Recommendation of the Commissioner for Human Rights concerning certain aspects of law and practices relating to sterilization of women in the Slovak Republic, Estrasburgo, 17 de octubre de 2003.
- CommDH (2005)8, Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España, 10-19 de marzo de 2005, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2005.
- CommDH (2013)18, Informe por Nils Muižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013.
- CommDH/IssuePaper (2017)2, Women's sexual and reproductive health and rights in Europe, Issue Paper by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Estrasburgo, 4 de octubre de 2017.

- CommHR (2023)9, Report on Spain following the visit from 21 to 25 November 2022, by Dunja Mijatović, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Estrasburgo, 5 de mayo de 2023.
- CommHR (2024)12, Follow-up report on the 2017 Issue Paper: Sexual and reproductive health and rights in Europe. Progress and challenges, Estrasburgo, 26 de febrero de 2024.

La reducción de jornada. ¿Quién debe impulsarla?

Joan Vila Valero

Máster en Derecho Laboral, ESADE.

RESUMEN

La primera normativa de jornada laboral máxima en España data de 1919, y hasta hoy hemos vivido varias legislaciones que han ido, progresivamente, reduciendo dicha jornada hasta las 40 horas semanales en promedio. No obstante, es propósito del actual ejecutivo proseguir con dicha tendencia mediante un proyecto de ley que pretende implantar la jornada laboral de 37 horas y media semanales en promedio. Este artículo analizará el contexto legislativo de la reducción de jornada y las soluciones que hemos visto implantadas en otros países similares y tratará de dar profundidad a la dicotomía referente a si es el Estado quien debe aprobar la reducción de jornada vía ley, o si por el contrario debe dejarse a merced de la negociación colectiva.

PALABRAS CLAVE

Reducción de jornada - Negociación colectiva - Intervencionismo - Derecho comparado - Derecho laboral.

1. Introducción

La reducción de jornada laboral es un tema candente en la actualidad española. La reciente aprobación del anteproyecto de ley en Consejo de Ministros, viniendo de un periodo de tiempo en el que parecía que había demasiadas discrepancias en el Gobierno como para poder proceder con ello, ha causado revuelo y ha reavivado un debate que se estaba apagando.

Parte de este debate, y de particular interés para el Derecho Laboral Colectivo y para las Ciencias del Trabajo, surge de la pregunta de quién debe ser el agente que se responsabilice de la aprobación de la medida pretendida. España se está decantando por que sea el Poder Legislativo, que abre rondas de consultas con la patronal y los sindicatos sin obligación formal de llegar a acuerdo y, si la aritmética parlamentaria lo permite, elaborará un texto que se aprobará íntegro en las Cortes.

No obstante, hay quienes defienden que deben ser los agentes sociales quienes encabezan esta reforma, pues nuestro ordenamiento les otorga el papel de representantes y

defensores de los intereses de la parte trabajadora y de la parte empresarial, y por tanto serían los sujetos legitimados para ello.

Este artículo, haciéndose eco de este debate brevemente expuesto, tratará de analizar, desde una perspectiva histórica y de Derecho Comparado, cuál es el acercamiento que más le conviene a España.

2. Contexto de la regulación de la jornada laboral y de la ordenación del tiempo de trabajo

A efectos de poder ahondar posteriormente en la materia, conviene dar inicio al presente artículo deteniéndonos en la progresión de la legislación en materia de jornada laboral y tiempo de trabajo.

La primera regulación de jornada laboral deriva de la famosa Huelga de la Canadiense en 1919, que permitió aprobar una jornada limitada a 48 horas semanales divididas en 6 días de trabajo con una jornada de 8 horas¹. Muchos consideran éste como el primer gran triunfo de la lucha sindical, obteniéndose algo hasta entonces prácticamente inédito: que el Estado interviniera en la relación laboral, reconociendo que se trataba de una relación desigual y que debía actuar para equilibrarla.

La regulación en materia de jornada se estanca hasta la Ley de Relaciones Laborales del año 1976², que nace de la necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico laboral después de décadas de estancamiento debido a la dictadura, reconociéndose, aunque a regañadientes, en el propio preámbulo de la norma. Se incorporan grandes avances, como la prohibición de trabajar para menores de 16 años (Art. 6), la libertad de la mujer para incorporarse al mercado laboral (Arts. 10 y 11), la presunción de que los contratos de trabajo se celebran por tiempo indefinido (Art. 14) y, en lo que a este artículo respecta, la jornada laboral de 44 horas semanales (Art. 23). Además, con respecto a la jornada, les otorga a los convenios colectivos capacidad para realizar ciertas modificaciones según sea necesario y atendiendo a los índices de productividad, siempre sin exceder el límite.

En 1980 aparece la deseada compilación de Derecho del Trabajo, el Estatuto de los Trabajadores³, en cuyo Artículo 34 —el mismo que el actual— se refleja una nueva reducción de jornada laboral, de 43 horas semanales en jornada partida y 42 horas en jornada continuada. No obstante, se retira la mención que se realizaba de los convenios colectivos, aumentando así la rigidez y homogeneidad de la jornada en todos los sectores.

1 Real Decreto de 3 de abril de 1919: Jornada máxima legal en todos los trabajos (La Gaceta de Madrid, n.º 94, 4 de abril de 1919).

2 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE 21 de abril de 1976)

3 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14 de marzo de 1980)

En 1983 aparece la última reducción de jornada de trabajo hasta el día de hoy, con la Ley 4/1983, de 29 de junio⁴, que modifica el anteriormente mencionado Artículo 34 del Estatuto para establecer la jornada en 40 horas semanales, incorporando también el descanso de 15 minutos dentro de la jornada como tiempo de trabajo efectivo.

Conviene también mencionar que la regulación de jornada no es una temática ajena a la regulación internacional. Así, la Directiva Europea 2003/88⁵ fija un límite máximo de jornada elevado, de 48 horas, para permitir a los Estados miembros que legislen en la materia sin imponer límites estrictos a la vez que se controla que nadie exceda un límite considerablemente peligroso. Es relevante también la lógica que se encuentra detrás de esta directiva, ya que asume que los distintos Estados tienen particularidades que no permiten que desde la Unión Europea se establezca una legislación firme y severa en una temática tan sensible y particular como es la jornada laboral.

3. Estado actual de la legislación y reforma

En relación con la jornada laboral, hay varios aspectos a tener en cuenta a efectos de tener una comprensión holística sobre la cuestión de su reforma.

De inicio, conviene señalar que la jornada laboral actual máxima en España es de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual (Art. 34.1 ET)⁶. Esto implica que la jornada laboral en España, según ha interpretado la jurisprudencia (por todas, la STS de 6 de mayo de 2015)⁷ es de 1826 horas y 27 minutos al año. No obstante, es muy habitual que los convenios colectivos reduzcan esta cuantía hasta unas 1760 horas en los convenios sectoriales o unas 1710 en los convenios de empresa. Sin embargo, dicha reducción en la jornada anual no implica habitualmente una reducción en la jornada semanal, sino que se mantiene la jornada de 40 horas a cambio de aumentar los días libres⁸.

A partir de aquí se estructuran mecanismos de flexibilidad para el empresario y de conciliación para el trabajador. El empresario tiene la capacidad, según el Art. 34.2 ET de distribuir irregularmente un 10 % de jornada anual a voluntad propia con un preaviso de 5 días, siempre que no se superen las 9 horas diarias y se dejen 12 horas de descanso entre jornadas, o la capacidad de poder acudir a una Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo para modificar la jornada de un trabajador a tiempo parcial, entre otras.

4 Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días (BOE 30 de junio de 1983)

5 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (Diario Oficial de la Unión Europea 18 de noviembre de 2003)

6 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

7 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015

8 Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. (2024, diciembre). *Boletín n.º 91*.

Por su parte, el trabajador dispone, por una parte, de mecanismos de reducción de jornada, y por la otra de mecanismos de adaptación de jornada. En lo que a los primeros se refiere, consisten en derechos del trabajador a exigirle al empresario una disminución en las horas diarias trabajadas si se dan ciertos requisitos, como encontrarse en período de lactancia o tener a cargo directo un menor de 12 años o persona con discapacidad (Arts. 37.4 y 37.6, respectivamente). En relación a la adaptación de jornada, si bien el trabajador tiene derecho a pedirla, el empresario no tiene el deber de concederla, pues se estructura como un proceso de diálogo en el que el trabajador tiene que razonar su petición, y el empresario razonar su denegación y ofrecer alternativas, si se diera el caso (Art. 34.8).

La conclusión de lo apuntado hasta aquí es que la jornada laboral no es, en lo absoluto, un tema cerrado, sino que viene acompañado de una serie de matices por los que la podemos ver modificada. Es este el punto del que parte el anteproyecto de ley —que a fecha de redacción de este artículo está pendiente de votación parlamentaria—, y sus pretensiones se fundamentan en reducir la jornada semanal a 37 horas y media, manteniendo el resto de condiciones intactas.

La precisión que conviene hacer, entonces, con respecto a este anteproyecto es que no se trata tanto de reducir la jornada, pues la mayoría de convenios colectivos ya regulan jornadas anuales similares a las que pretende la norma, sino que lo que se busca es modificar la ordenación del trabajo.

4. Los agentes implicados en la reducción de jornada

Una vez hemos contextualizado unas bases necesarias para la adecuada comprensión del marco en el que se sitúa la reducción de jornada, conviene pasar a la reflexión central de este artículo.

Es indudable que la reducción de jornada tiene un marcado carácter colectivo, principalmente porque el Art. 34.1 ET señala que los convenios colectivos son los encargados de fijar dicha jornada. Lo que sí que se pone en duda es cuál debe ser el papel del Estado en dicha reducción, habiendo sectores doctrinales que apuestan por una fuerte intervención estatal, mientras que otros se decantan por dejar el tema a la negociación colectiva. Así pues, trataremos de resolver este debate.

Es apropiado comparar la reducción de jornada con el aumento del Salario Mínimo Interprofesional, no tanto por su parecido, sino precisamente por aquello en lo que se diferencian. A pesar de ser el salario un elemento mucho más central en el contrato de trabajo que la jornada laboral, se ha aceptado que sea el Gobierno quien lo fije, más allá de los debates sobre si debería o no aumentarse. Ello se da no solo porque así lo prevea el Art. 27.1 ET, sino precisamente por el carácter fundamental que tiene la retribución en un contrato de trabajo, ya que resulta en el sinalagma que obtiene el trabajador derivado de su prestación de servicios. Así, y siendo además la retribución dineraria del trabajo el meca-

nismo de subsistencia básica para la gran mayoría de la población, dejarlo a merced de la negociación implicaría que la prioridad de los trabajadores sería negociar para conseguir un salario digno, abandonando el resto de sus pretensiones⁹. Por ello, el Gobierno garantiza un mínimo de supervivencia, en teoría, de forma que se equilibre la negociación posterior.

La jornada laboral, por su parte, no ostenta un carácter tan marcadamente central en la relación laboral como es la contraprestación que se recibe, pero el creciente foco en la conciliación laboral está haciéndole ganar protagonismo, lo que hasta cierto punto podría llegar a decantar la balanza hacia el intervencionismo estatal en su regulación. No obstante, por el momento, todo parece indicar que se sitúa en una zona grisácea y que, por tanto, hay que atender a criterios utilitaristas y de resultados para poder llegar a una conclusión acertada. A estos efectos, puede ser apropiada la comparación con otros Estados que cuenten con jornadas laborales inferiores a la nuestra, analizando cuál ha sido el camino que han transcurrido.

5. La reducción de jornada en Europa. Matices según el tipo de Estado del Bienestar

Como hemos mencionado anteriormente, existe normativa internacional que ordena ciertos aspectos de la relación laboral, principalmente derivada de la Comisión Europea y de la Organización Internacional del Trabajo. España, a estos efectos, es firmante de varios tratados y se compromete a integrar las previsiones que en ellos se contienen dentro de su ordenamiento jurídico.

No obstante, si bien es habitual centrarnos en qué dicen los organismos internacionales en los temas que nos interesan, es menos común buscar la solución a nuestros problemas desde la perspectiva del Derecho Comparado. Por ello, es apropiado indagar un punto de vista que nos permita resolver algunas lagunas y analizar cómo otros Estados han conseguido aquello que España está intentando.

Para empezar, nuestra vecina Francia¹⁰ es el ejemplo por antonomasia de reducción de jornada, contando con la más corta de toda la OCDE, de 35 horas semanales. Al inicio de su transcurso hacia la reducción de jornada, se encontraron con una patronal y unos sindicatos con posturas totalmente obstructivas, ambas partes creyendo que dicho inmovi-

9 Almendros **GONZÁLEZ, M. Á.** «Salario mínimo interprofesional y salario profesional convencional. Especial referencia a la absorción y compensación frente a las subidas del SMI». En *XLI jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales* (pp. 625-642). Junta de Andalucía.

10 **DUFOUR, C.** (2006). «Reduction of working time in France: a lone knight». **KEUNE, MAARTEN/ GALÓCZI, BÉLA** (Hg.), *Collective Bargaining on Working Time. Recent European Experiences*, ETUI, Brüsseö, 93-103.

lismo los llevaría a conseguir su cometido, unos que se descarte la moción, y otros que se aprobara sin renunciar a nada. Por ello, el Gobierno, en 1997, decidió tomar la vía legislativa para implantar la reducción de jornada.

No obstante, la vía legislativa no consistía en absoluto en una imposición hacia ninguna de las dos partes. Por el contrario, el legislativo francés de la época reconoció que implementar una reducción de jornada laboral fija y rígida a lo largo de todo el territorio podía tener efectos adversos, con lo que reconoció que es la negociación colectiva quien debía encargarse del tema, partiendo de la base de que cada sector conoce bien sus necesidades.

De ahí sale la conocida como «Ley Aubry I» en 1998, con el objetivo de incentivar la negociación para lograr la efectiva reducción de jornada a 35 horas. Así, ofrecía subvenciones económicas para aquellas empresas que iniciaran de inmediato las negociaciones, que redujeran la jornada y que contrataran a más personal, siendo dichas subvenciones suficientemente cuantiosas como para incentivar dicho proceso.

Lo que realmente motivó a la patronal a negociar, no obstante, no fue la subvención, sino la flexibilidad que otorgaba la norma. Frente a una anterior legislación que rigidizaba la organización del tiempo de trabajo, la única limitación legal con la que se encontraban ahora era el cómputo anual de jornada, con lo que cada sector o empresa podía organizar su fuerza de trabajo como mejor le conviniera, siempre que no se superaran las 10 horas diarias o 48 semanales y se recuperaran las horas extraordinarias en el corto plazo.

Así, las empresas fueron capaces de organizar mejor su capacidad productiva, pues al ganar flexibilidad pudieron disponer más fácilmente de trabajadores, siempre contratados, cuando fuera necesario. De esta forma se logró aumentar en productividad y cubrir los gastos que conllevó aplicar la medida.

Otro caso meritorio de estudio es Dinamarca¹¹, pues sin tener jornada mínima legal ha logrado que sus trabajadores sean los segundos que menos horas trabajan semanalmente, justamente por detrás de Francia. No obstante, el caso de estudio danés debe ser tomado con cautela, pues son varias las diferencias en el sistema del mercado de trabajo respecto al mercado español.

Dinamarca es la cuna de un sistema conocido como la *flexiseguridad*, cuyo objetivo es combinar la flexibilidad para el empresario con la seguridad para el trabajador. Así, el Estado liberaliza el mercado de trabajo a la vez que se coloca como garante de ingresos y de formación para la fuerza laboral. Además, su situación constante de prácticamente pleno empleo hace que no exista como tal un desequilibrio de fuerzas entre trabajadores y empresarios, y que por tanto no sea necesaria una firme regulación laboral, conllevando ello que el Estado suela abstenerse de actuar y que todos los agentes implicados así lo prefieran.

Así, no es sorpresivo encontrarnos con un sistema de reducción de jornada eminentemente encabezado por la negociación colectiva, hasta el punto de, como hemos apun-

11 JØRGENSEN, C. (2006). «Collective bargaining and working time in Denmark». *Collective bargaining on working time, Recent European Experiences*, ETUI, Brüsseö, 73-79

tado, que no cuenten con una ley que establezca una jornada máxima más allá de las directivas europeas. La tendencia a la jornada de 37 horas, que es el promedio intersectorial, nace de un acuerdo colectivo en el sector industrial en 1995, que por ese entonces era el sector que más trabajadores empleaba. Dicha tendencia se ha ido expandiendo por todos los sectores, con las particularidades de cada uno, pero que a grandes rasgos permite también grandes mecanismos de flexibilidad a la hora de organizar el trabajo.

Así las cosas, las tendencias negociadoras han ido evolucionando hacia los acuerdos cada vez a menor escala, llegando incluso a popularizarse los acuerdos prácticamente individuales para gestionar la jornada laboral. Este tipo de acuerdos consisten en pactos entre el empresario y el trabajador por los que el primero impulsa mayor flexibilidad a cambio de darle al segundo otras ventajas, pues a cambio de dicha flexibilidad deberá mejorar las condiciones del convenio. La ventaja, además, es que cualquiera de las partes puede abandonar el pacto con una antelación de dos meses, volviéndose a aplicar la normativa del acuerdo colectivo.

6. Conclusión. Cómo reducir la jornada en España

Si bien únicamente hemos expuesto los dos casos más paradigmáticos a efectos de no sobrecargar este artículo, podemos extraer ciertas conclusiones comunes a ambos que giran en torno a dos variables muy interrelacionadas: el papel del Estado y las concesiones a la otra parte en la negociación.

Nuestros homólogos europeos que han llegado al éxito han combinado una fórmula en la que el Estado es simplemente supervisor de las negociaciones y garante de la buena fe. Así, el Estado simplemente orienta a las partes hacia la consecución de un acuerdo supuestamente beneficioso para ellas mismas. Solo en el caso en el que se enfrenten dos bancadas con actitudes inmóviles será cuando el Estado motivará el correcto transcurso de las negociaciones con incentivos, como hizo Francia, para asegurar que el acuerdo pueda ser beneficioso para aquel interviniente que no lo ve con buenos ojos. Así, podemos encontrar casos fructíferos con mayor y menor grado de intervención estatal, con lo que no parece que pueda dirimirse el debate hablando de una participación total o nula, sino que parece que la solución está en encontrar el punto justo para llegar a un acuerdo.

Conviene apuntar que no se observan casos de éxito en los que se haya logrado un acuerdo de reducción de jornada mediante la amenaza del Estado de aprobar la legislación que crea conveniente. A la postre, tanto la patronal como los sindicatos son agentes sociales que representan a grupos económicos poderosos, y su rechazo a las normas de juego podría jugar más en contra que a favor¹².

12 CONDE-RUÍZ, J. I., LAHERA, J., & VIOLA, A. (2024). «¿Cómo reducir la Jornada Laboral?». *Fedea Policy Paper*, 2.

Pasando a la segunda variable, una comprensión que se refleja en los Estados que han logrado con éxito la reducción de jornada es la de la concesión a la hora de negociar. Es inviable, pues, que ninguna de las dos partes se sitúe en una postura en la que se niega a soltar ciertos derechos adquiridos en pos de un acuerdo aparentemente beneficioso, o con dicha intención.

Así, y a título meramente ejemplificativo, no sería disparatado encontrarnos con una patronal que exija la concesión de mayores medidas de flexibilidad en la organización del trabajo, como ha ocurrido en Francia y Dinamarca, entre otros. Por tanto, es viable plantear la desaparición de la limitación de jornada de 9 horas al día, o incluso la modificación de las medidas de reducción y adaptación de jornada que mencionábamos anteriormente. Estas últimas merecen cierta atención en este supuesto, pues mantenerlas prácticamente sería equivalente a tener una doble regulación o protección para la misma materia.

Por tanto, a la hora de defender o criticar la medida prevista, conviene aplicar una perspectiva holística, y no únicamente relacionada con la jornada. Así, a modo de «lanzar preguntas al aire», ¿quienes la critican estarían dispuestos a aplicarla acompañada de medidas de flexibilidad?, y quienes la defienden, ¿están dispuestos a ceder en aumento de salarios o medidas de conciliación? Como siempre, el diablo está en los matices.

7. Bibliografía

7.1. Obras doctrinales

ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á. «Salario mínimo interprofesional y salario profesional convencional. Especial referencia a la absorción y compensación frente a las subidas del SMI». En *XLI jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales* (pp. 625-642). Junta de Andalucía.

COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS. (2024, diciembre). *Boletín n.º 91*.

CONDE-RUÍZ, J. I., LAHERA, J., & VIOLA, A. (2024). «¿Cómo reducir la Jornada Laboral?». *Fedea Policy Paper*, 2.

DUFOUR, C. (2006). «Reduction of working time in France: a lone knight». **KEUNE, MAARTEN/GALÓCZI, BÉLA** (Hg.), *Collective Bargaining on Working Time. Recent European Experiences*, ETUI, Brüsseò, 93-103.

JØRGENSEN, C. (2006). «Collective bargaining and working time in Denmark». *Collective bargaining on working time*, 73-79.

7.2. Legislación

- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (Diario Oficial de la Unión Europea 18 de noviembre de 2003)
- Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE 21 de abril de 1976)
- Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14 de marzo de 1980)
- Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días (BOE 30 de junio de 1983)
- Real Decreto de 3 de abril de 1919: Jornada máxima legal en todos los trabajos (La Gaceta de Madrid, n.º 94, 4 de abril de 1919).
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

7.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015.

Una campaña electoral permanente en España: implicaciones jurídicas

Pablo Álvarez Grande

3.º Doble Grado en Derecho y ADE, Universidad de León

RESUMEN

En los últimos años, España ha vivido un contexto político caracterizado por una sucesión ininterrumpida de procesos electorales, generando un fenómeno de campaña electoral permanente. Esta situación, derivada en gran medida de la fragmentación política en las asambleas legislativas, ha dificultado la estabilidad gubernamental y ha incentivado la repetición electoral, con consecuencias tanto jurídicas como económicas y sociales. La constante necesidad de negociación y las consecuencias mediáticas han llevado a que las decisiones legislativas se vean condicionadas por estrategias electoralistas, afectando a la calidad y previsibilidad de la producción y reformas normativas. Asimismo, la fatiga electoral entre la ciudadanía y la creciente desconfianza en las instituciones plantean un desafío para la consolidación democrática. Desde un enfoque técnico-jurídico, se analizan las implicaciones de este fenómeno en la gobernabilidad y en el marco normativo vigente, explorando posibles reformas del sistema electoral que permitan mitigar sus efectos y garantizar una mayor estabilidad institucional.

PALABRAS CLAVE

Campaña electoral permanente - Fragmentación política - Inestabilidad gubernamental - Sistema electoral español - Reformas institucionales.

1. Introducción

En los últimos años, España ha sido testigo de un fenómeno político y social que ha influido profundamente en su cultura democrática: un escenario marcado por multitud de convocatorias electorales. Desde el año 2019 se han celebrado en España 13 diferentes procesos electorales con la repercusión que ello conlleva, no solo respecto a los electores, sino a todas las estructuras sociales, económicas y políticas implicadas. Con todo, es la vertiente jurídica la que focalizará nuestra atención. Este contexto, caracterizado por un calendario electoral denso y en ocasiones incierto, ha llevado a que los votantes vivan inmersos en una campaña electoral constante, con escasa distinción entre comicios de diferente naturaleza, como las elecciones a las Cortes Generales, a las Asambleas Legislativas Autonómicas, municipales o al Parlamento Europeo.

Esta convivencia excesiva entre múltiples convocatorias electorales es, en la mayoría de las ocasiones, fruto de la fragmentación política¹ en las Asambleas Legislativas. La presencia de numerosas formaciones políticas con ideologías muy poco compatibles entre sí se traduce frecuentemente en gobiernos débiles con serias dificultades para llegar a acuerdos con todas esas fuerzas políticas². Sin embargo, estos acuerdos resultan esenciales para la adopción de políticas que los partidos políticos, como representantes de toda la ciudadanía y no solo de sus votantes, están obligados a impulsar. En este contexto, el temor a no cumplir con dichas políticas y las repercusiones que ello conlleva refuerzan la necesidad de alcanzar acuerdos.

Por este motivo, es frecuente que no se formalicen acuerdos, aun cuando sean necesarios, por el mero hecho de evitar la repercusión mediática de un titular que informe sobre la convergencia de partidos situados en los extremos del espectro político en un «Pacto de Estado». Esta falta de consenso afecta especialmente en materias en las que los ciudadanos, y en particular los jóvenes, demandan soluciones urgentes que solo se pueden materializar a través de acuerdos. Como consecuencia, han sido necesarios muchos años para que la tan ansiada Reforma del artículo 49³ de la Constitución Española se hiciera realidad o para que la Ley de la ELA⁴ lograra finalmente su aprobación en el Congreso de los Diputados.

A mayor abundamiento, este problema de debilidad política no solo dificulta la formación de gobiernos, sino que a menudo conduce a su imposibilidad, lo que conlleva a una repetición electoral en los términos previstos en el artículo 99.5⁵ de la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. Las continuas convocatorias electorales generan no solo unos altos costes asumidos por las Administraciones Públicas, situados en torno a los 130 millones de euros⁶, sino también una ya habitual «fatiga electoral» entre los electores, lo que fomenta en ellos una falta de interés por la política y una sensación de decepción constante, suscitando una desconfianza en el normal funcionamiento de las instituciones del Estado.

El presente artículo tiene como objetivo analizar, desde un enfoque técnico-jurídico, los problemas derivados de las constantes campañas electorales y la repetición electoral

- 1 NIETO-JIMÉNEZ, J. C., «Fragmentación y polarización parlamentarias en las Cortes Generales españolas (2015-2019)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 196, 2022, pp. 159-192.
- 2 GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Incidencia de la fragmentación parlamentaria en la confianza Congreso-Gobierno: investidura y censura», en *TRC*, n.º 52, 2023, pp. 147-171.
- 3 Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 (BOE de 17 de febrero de 2024)
- 4 Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible (BOE de 31 de octubre de 2024).
- 5 REVENGA SÁNCHEZ, M., «La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109, 2017, pp. 97-120.
- 6 GALLEGOS, C., «¿Cuánto les cuesta a los españoles unas elecciones autonómicas y municipales?», *elEconomista.es*, 28 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.economista.es/actualidad/noticias/12294868/05/23/cuanto-les-cuesta-a-los-espanoles-celebrar-unas-elecciones-autonomicas-y-municipales-.html>, última consulta 28/05/2023

en España. Asimismo, busca reflexionar sobre las reformas necesarias para garantizar un sistema electoral más eficiente y ajustado a las necesidades democráticas de la sociedad actual, a partir del estudio de la normativa vigente.

2. Marco jurídico del sistema electoral español

El sistema electoral español⁷ encuentra su fundamento principal en la Constitución Española que, además de regular los aspectos más básicos del mismo, remite al legislador su desarrollo normativo por ley orgánica⁸. El carácter orgánico de la ley que desarrolla el sistema electoral refuerza la importancia del mismo en un Estado democrático, pues «solo nos podemos afirmar en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno»⁹. La Ley Orgánica del Régimen Electoral General¹⁰ (en adelante LOREG) regula los procesos electorales, incluyendo la campaña electoral. Sin embargo, el contexto actual de repetidas convocatorias y campañas electorales ponen en evidencia posibles insuficiencias o lagunas en este marco jurídico.

La LOREG regula de manera estricta el periodo de campaña electoral, que dura quince días¹¹ (con la salvedad de las elecciones fruto de la aplicación del art. 99.5 de la Constitución), terminando en cualquier caso a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación. Durante ese periodo, los partidos políticos están autorizados para realizar cualquier tipo de propaganda y pedir el voto a los electores. Podrán también realizar publicidad en la prensa y demás medios de comunicación, así como enviar propaganda electoral a través de envíos postales. Además, las Administraciones Públicas tienen la obligación de proporcionar de manera gratuita lugares públicos para la realización de actos de campaña.

Sin embargo, el marco jurídico actual presenta un vacío normativo en relación con la denominada «precampaña», esto es, el periodo desde la convocatoria de elecciones hasta el comienzo formal de la campaña electoral. A pesar de que en este periodo esté terminantemente prohibido pedir el voto o realizar cualquier tipo de propaganda electoral, los partidos políticos pueden seguir realizando actos propios de su naturaleza de acuerdo con lo previsto en el artículo 20¹² de la Constitución. Pese a ello, en la práctica totalidad de ocasiones estos actos tienen una finalidad inequívocamente electoral, aprovechando las redes sociales y sus actos para transmitir mensajes electorales de manera constante. Este

7 GARROTE DE MARCOS, M., *El sistema electoral español: memoria, balance y cambio*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

8 Constitución Española: artículo 81

9 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: Preámbulo. I.

10 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 20 de junio de 1985)

11 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: D.A. 7.º.

12 Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

fenómeno, difícil de regular por la complejidad de su cumplimiento¹³, plantea preguntas sobre si debería regularse de manera más estricta para garantizar un proceso electoral equitativo y transparente.

La LOREG, que establece un marco normativo detallado sobre la regulación de los procesos electorales, regula únicamente los actos de campaña de los periodos electorales. Fuera de los mismos, los partidos tienen plena libertad para realizar actividades políticas que, aunque formalmente no constituyen actos de campaña, cumplen una función similar al posicionar a sus líderes y propuestas de manera estratégica en la esfera pública. Este vacío normativo en la legislación electoral da pie a que los partidos se dejen llevar a la estrategia de comunicación electoral permanente.

3. Consecuencias jurídicas de la campaña electoral permanente

El fenómeno de la campaña electoral permanente no se limita a los partidos políticos, sino que también afecta al propio legislador. Podemos sostener que el derecho se utiliza con fines electorales sin ser plenamente conscientes de las consecuencias jurídicas que conlleva esta mala praxis. Esta problemática es especialmente evidente en el ámbito de la legislación penal. Entre 1995 y 2018 el Código Penal¹⁴ fue modificado en 29 ocasiones; sin embargo, desde 2019 hasta el 2024 ha experimentado 21 reformas, lo que implica que, en tan solo seis años, se ha modificado casi tantas veces como en los 23 años anteriores. Pese a ello, en muchos casos, estas reformas han generado efectos no previstos que han resultado perjudiciales para la sociedad. Ejemplo de ello es la coloquial y denominada «Ley del Solo Sí es Sí»¹⁵ que, al intentar unificar el concepto de abuso sexual bajo el de agresión sexual, implicó una reducción de las penas impuestas a los agresores sexuales. La doctrina parece coincidir en que la falta de derecho transitorio ha conllevado el desenlace contrario al pretendido por la norma en sí, siendo llamativo que dichas consecuencias fueron advertidas por el propio Consejo General del Poder Judicial¹⁶. Además, la legislación penal se ha utilizado como instrumento de negociación para obtener apoyos parlamentarios y conformar gobiernos, como se observa en el caso de la Ley Orgánica de Amnistía¹⁷.

13 **HOLGADO GONZÁLEZ, M.**, «Neutralidad institucional y redes sociales en la campaña electoral», comunicación presentada al XXI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) *Constitución y elecciones*, Valladolid, 7-8 de marzo de 2024.

14 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995)

15 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE 7 de septiembre de 2022)

16 Informe sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual, de 25 de febrero de 2021. Consejo General del Poder Judicial.

17 Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (BOE 11 de junio de 2024)

Otro ejemplo que puede ser útil es la Ley Orgánica 4/2022¹⁸, que pena con prisión de entre tres meses y un año aquellas conductas que pretendan obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo cuando en la práctica, estos actos molestos o intimidatorios ya estaban tipificados como un delito de coacciones¹⁹, con la pena de prisión de seis meses a tres años, lo que supone un beneficio para aquellos que realicen dichas conductas.

Otro ejemplo es la Ley Orgánica 7/2012, que endureció las penas por hurtos reincidentes, lo que aumentó la población reclusa por delitos menores y colapsó el sistema penitenciario sin reducir la delincuencia. La reforma fue criticada por su impacto en personas vulnerables y por responder más a un discurso electoralista que a una necesidad real de política penal. En definitiva, estos ejemplos evidencian como las reformas legislativas, cuando se producen en el contexto de un ciclo electoral constante, pueden resultar más orientadas a la negociación política que al interés general.

4. La campaña electoral permanente y su impacto en la gobernabilidad y la estabilidad política

Uno de los efectos más evidentes de la campaña electoral permanente es la inestabilidad gubernamental, un fenómeno especialmente notorio en nuestro país. Esta inestabilidad se origina como consecuencia de la fragmentación política existente, llegando a contar en la XIV legislatura con hasta 20 distintas fuerzas políticas, lo que obligó a crear dos grupos materialmente mixtos²⁰ en el Congreso de los Diputados, el grupo mixto —en sentido estricto— y el grupo plural.

Esta fragmentación política genera una falta de consenso, lo que puede provocar efectos potencialmente devastadores especialmente en momentos de crisis económica y social, donde se requieren soluciones ágiles y eficientes. La campaña electoral constante, en lugar de incentivar la cooperación, agudiza las diferencias ideológicas entre las distintas fuerzas del arco parlamentario, haciendo muy difícil alcanzar acuerdos aun cuando la sociedad explícitamente los demanda.

Por otra parte, la repetición electoral, que se ha vuelto muy frecuente en los últimos años, ilustra un claro ejemplo sobre como la política española se ve atrapada en un círculo

18 Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 13 de junio de 2022)

19 Código Penal: artículo 172

20 Congreso de los Diputados. Composición en la legislatura XIV. (disponible en: https://www.congreso.es/es/web/guest/grupos/composicion-en-la-legislatura?p_p_id=grupos&idLegislatura=XIV; sin fecha de última consulta).

vicioso. El mecanismo que prevé la constitución en el artículo 99 de la Constitución, si bien pretende evitar un bloqueo institucional puede generar el efecto contrario, al poder utilizar las fuerzas políticas la repetición electoral como una herramienta para mejorar sus resultados lo que, en cierta medida, se traduce en un aparente fortalecimiento de los Gobiernos. No obstante, ello supone la existencia del Gobierno en funciones durante un periodo muy prolongado, impidiendo al ejecutivo presentar ante las Cortes Generales²¹ un proyecto de Presupuestos Generales del Estado o Reales Decretos Legislativos en materias delegadas por las Cortes Generales. España se sitúa en el pódium mundial de países con más tiempo con un Gobierno en funciones, cifra que alcanzó su récord en 2016, cuando el Gobierno encabezado por Mariano Rajoy estuvo 316 días en funciones, solo por detrás de Bélgica y Camboya, con los riesgos ya advertidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 124/2018²². A mayores cabe destacar el alto coste económico de la repetición electoral, y el desgaste institucional por afectar al funcionamiento ordinario de las instituciones.

Imposible no mencionar el peligro grave de la campaña electoral permanente en materia financiera, pues los inversores²³ suelen ser reacios a la hora de invertir en países con poca estabilidad política o donde las políticas monetarias puedan ser cambiantes por la fragilidad gubernamental.

Esta situación se agrava en el ámbito de las pensiones, ya que a pesar de que el futuro de las pensiones ofrece serias dudas sobre su continuidad, el problema se intensificará más aun cuando los *baby boomers* comiencen a jubilarse. El gasto en pensiones continuará aumentando tanto que será necesario recortar el presupuesto de otras partidas presupuestarias. Sin embargo, el grueso de electores mayores de 65 años es tan grande, que ninguna otra solución más allá de un acuerdo de todas las fuerzas políticas, sin excepciones, es posible sin que haya un claro partido perjudicado. Pese a ello, cualquier partido político que se postule a ganar las elecciones es rehén del voto de los pensionistas, sin ser conscientes del perjuicio que supone el dopaje del gasto público.

5. Posibles soluciones

En definitiva, y tras el análisis realizado, resulta evidente que el fenómeno de la campaña electoral permanente conlleva una serie de riesgos para la democracia tal y como la hemos venido entendiendo cuyos efectos, irreversibles a largo plazo, pagará la sociedad en su conjunto y más concretamente los jóvenes.

Para tratar de paliar este fenómeno se han de plantear distintas hipótesis y escenarios. El más sencillo, en un primer examen, es la modificación del sistema electoral para tratar de evitar la fragmentación política existente en las Asambleas Legislativas, siendo esta mucho más evidente en las Cortes Generales y especialmente en el Congreso de los Diputados.

21 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (BOE 28 de noviembre de 1997): artículos 21.5 y 21.6

22 Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre de 2018.

23 ALESINA, A. Y ROUBINI, N. (1992). «Inestabilidad política y crecimiento económico» (Documento de trabajo No. 4173). *National Bureau of Economic Research*.

Para modificar el sistema electoral, conviene analizar los elementos que lo conforman: el cuerpo electoral (conjunto de ciudadanos con derecho a voto), la circunscripción electoral (porciones en las que se divide el territorio a efectos electorales), la fórmula electoral (método matemático para convertir votos en escaños) y el umbral —o barrera— electoral (porcentaje mínimo necesario para obtener representación). Analizando estos cuatro elementos, resulta imposible hallar una solución a través del cuerpo electoral.

En cuanto a la fórmula electoral, hemos de tener en cuenta el límite que prevé la Constitución en su artículo 68.³²⁴ que dispone que para las elecciones al Congreso de los Diputados se deberá emplear una fórmula proporcional, es decir, aquellas que reflejan en escaños fielmente los votos que emiten los electores en su conjunto. Partiendo de este límite, resulta muy complicado tratar de minorizar la presencia de tantas formaciones políticas en el arco parlamentario pues, a priori, la solución más sencilla sería el establecimiento de una fórmula electoral mayoritaria, como ocurre en Estados Unidos o en Reino Unido. En estos países, las cámaras legislativas están dominadas por los dos partidos mayoritarios, situados en ambos extremos del espectro político. Sin embargo, para que las fórmulas electorales proporcionales, como el sistema D'Hondt —vigente en España—, sean realmente efectivas es necesaria la existencia de circunscripciones electorales grandes, pues en aquellas en las que se reparten menos de cinco escaños resulta imposible efectuar un verdadero reparto proporcional, convirtiéndose *de facto* en fórmulas electorales mayoritarias. Por lo tanto, en la práctica, no es posible reducir la fragmentación parlamentaria a través de la fórmula electoral sin obviar el límite flagrante que impone la Constitución. Quizás la circunscripción electoral ofrezca más margen de manobra, pues una posible solución sería la reducción del tamaño de las circunscripciones, de tal manera que existiesen más y que cada una de ellas reparta un menor número de escaños (siguiendo el criterio de distribución de escaños por población). De esta manera, las formaciones políticas de menor tamaño tendrían menor representación en favor de aquellas más grandes, lo que generaría un escenario más favorable para la formación de gobiernos y la toma de acuerdos. Por contra, esta disminución de escaños iría en contra el propio espíritu democrático al limitar la posibilidad de formaciones políticas menores puedan obtener representación. Sin embargo, la Constitución también impone otro límite a esta medida pues prevé que la circunscripción electoral es la provincia²⁵, por lo que no sería posible adoptar soluciones alternativas en relación con este elemento.

Por último, falta por analizar el umbral electoral, el único elemento de los hasta ahora citados que no cuenta con un límite en nuestra carta magna, por lo que su regulación corresponde exclusivamente a la propia LOREG. Actualmente la mencionada ley lo sitúa en el 3 % provincial²⁶, de tal manera que cualquier candidatura que obtenga un porcentaje inferior de votos al mencionado será excluida en dicha circunscripción, no pudiendo obtener ningún escaño. Si esta barrera electoral se viera incrementada, la fragmentación parlamentaria se vería reducida al dificultar la entrada de formaciones políticas más pequeñas. Ejemplo de ello son las Elecciones a la Asamblea de la Comunidad de Madrid

24 La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

25 Constitución Española: artículo 68.2

26 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: artículo 163.1. a

de 2024, cuando la candidatura de 'Podemos' no obtuvo representación al no obtener el 5 % de los votos válidos emitidos —porcentaje exigido en la Comunidad de Madrid²⁷—; habiendo obtenido más de 158 mil votos lo que suponía un 4,73 %. Incluso, podría establecerse que dicha barrera no operase a nivel provincial sino a nivel estatal, lo que pondría en serios apuros la presencia de las fuerzas políticas de indole nacionalista presentes en solo una parte del territorio nacional. Sin embargo, esta medida podría verse contrarrestada con la creación de una gran coalición electoral entre todos los partidos regionalistas y nacionalistas para que, entre todas aquellas, alcancen el umbral exigido, lo que, en la práctica, supondría que esta medida no fuera efectiva.

Otra posible medida sería la implantación del famoso «modelo griego», que asigna 50 escaños «de regalo» a la formación política que gana las elecciones. De esta manera se facilitaría la formación de un Gobierno más estable, reduciendo la necesidad de pactos con multitud de fuerzas políticas y, en consecuencia, mitigando la campaña electoral permanente. Sin embargo, aunque no se puede afirmar de manera categórica que este modelo sea inconstitucional en principio, sí es cierto que su viabilidad dependería de un análisis detallado de su impacto sobre la representación proporcional que ya he mencionado previamente. En este sentido, resulta ilustrativo el caso del «*Porcellum italiano*»²⁸, un sistema que también otorgaba una prima de mayoría pero que fue declarado inconstitucional por distorsionar la proporcionalidad y limitar la representación directa de los votantes.

Otra posible solución sería la agrupación de las elecciones, de tal manera que todas se produjesen de manera simultánea evitando así la sucesión constante de diferentes comicios, lo que también reduciría la campaña electoral permanente. Sin embargo, esta opción presenta dificultades, ya que, aunque la mayoría de las elecciones en España se celebran cada cuatro años, las elecciones al Parlamento Europeo tienen una periodicidad de cinco, lo que haría que solo coincidiesen una vez cada 20 años. Además, esta medida limitaría la potestad del Presidente del Gobierno para disolver las Cortes Generales de manera anticipada, puesto que, al fijar por ley la fecha de los comicios, la legislatura tendría una duración obligatoria de cuatro años. Para aplicar este cambio no solo debería ser necesaria una reforma de la Constitución modificando su artículo 115²⁹, sino que también podría generarse un bloqueo institucional. Como alternativa, podría mantenerse la facultad del Presidente del Gobierno para disolver las Cortes Generales de manera anticipada, pero sin alterar la periodicidad fija de las elecciones. En este caso, si la disolución se produjera antes de la finalización de la legislatura, el mandato del nuevo Parlamento no sería de cuatro años completos, sino que solo duraría hasta la siguiente fecha electoral prevista. De este modo, las elecciones seguirían celebrándose siempre en los mismos intervalos regulares, evitando cambios en el calendario electoral y garantizando una mayor estabilidad institucional. Sin embargo, este fenómeno no reduciría el fenómeno de la campaña

27 Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid: artículo 10.6.

28 CLEMENTI, F., «El sistema electoral italiano y su reforma: el desafío de la consolidación», en *TRC*, n.º 45, 2020, pp. 185-206.

29 El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

electoral permanente, sino al contrario; y también requeriría una reforma constitucional pues el propio artículo 68.4 de la Constitución prevé que la legislatura ha de durar cuatro años, salvo la disolución anticipada en los términos previstos en el ya mencionado artículo 115 de la Constitución.

En definitiva, reducir la fragmentación política a través de los cauces legales resulta sumamente complejo, especialmente teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por la Constitución.

6. Conclusión

La reflexión final que se desprende de este análisis es que la campaña electoral no termina el día de las elecciones, sino que todos los días son campaña electoral. La permanencia de este fenómeno afecta a la estabilidad política, la gobernabilidad y la percepción democrática. Sus principales consecuencias recaen en los jóvenes, que sufriremos los efectos de una política de cortoplacismo centrada en ciclos electorales, en lugar de en acuerdos a largo plazo.

No podemos ignorar que limitar la campaña electoral en un contexto digital es extremadamente difícil de controlar. Entre la opción extrema de eliminarla, como en las elecciones presidenciales de EE. UU., y la de regularla bajo principios de responsabilidad, siguiendo una concepción europea de democracia, nuestra postura se inclina claramente hacia esta última opción, tal y como he expuesto.

Es imperativo implementar reformas que fomenten una cultura política de colaboración y bienestar común para evitar el desencanto y fortalecer la democracia. En este contexto, el artículo 67.2 de la Constitución recuerda que los representantes deben comprometerse con el bienestar colectivo y la estabilidad, no solo con sus partidos. Solo con un compromiso real por la estabilidad y el bien común se podrá asegurar un futuro democrático sólido.

7. Bibliografía

7.1. Obras doctrinales

ALESINA, A. Y ROUBINI, N. (1992). *Inestabilidad política y crecimiento económico* (Documento de trabajo No. 4173). National Bureau of Economic Research.

CLEMENTI, F., «El sistema electoral italiano y su reforma: el desafío de la consolidación», en *TRC*, n.º 45, 2020, pp. 185-206.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual*, de 25 de febrero de 2021.

- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.**, «Incidencia de la fragmentación parlamentaria en la confianza Congreso-Gobierno: investidura y censura», en *TRC*, n.º 52, 2023, pp. 147-171.
- GARROTE DE MARCOS, M.**, *El sistema electoral español: memoria, balance y cambio*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M.**, «Neutralidad institucional y redes sociales en la campaña electoral», comunicación presentada al XXI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) *Constitución y elecciones*, Valladolid, 7-8 de marzo de 2024.
- NIETO-JIMÉNEZ, J. C.**, «Fragmentación y polarización parlamentarias en las Cortes Generales españolas (2015-2019)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 196, 2022, pp. 159-192.
- OLIVER ARAUJO, J.**, «La Relevancia Política del Sistema Electoral», En **D. GARCÍA BELAUNDE & D. PAIVA GOYBURU** (coords.), *Derecho y docencia como vocación. Libro homenaje a José F. Palomino Manchego* (pp. 151-174). Adrus D&L Editores.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.**, «La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 109, 2017, pp. 97-120.

7.2. Legislación

- Constitución Española
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid
- Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995)
- Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo
- Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024 (BOE de 17 de febrero de 2024)
- Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con Esclerosis Lateral Amiotrófica y otras enfermedades o procesos de alta complejidad y curso irreversible (BOE de 31 de octubre de 2024).

7.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre de 2018.

El impacto de la inteligencia artificial en el derecho penal: delitos emergentes y marco jurídico europeo

Francisco Jaime Romera Bravo

Graduado en Derecho, Universidad de Extremadura

RESUMEN

La Inteligencia Artificial está transformando el Derecho Penal al facilitar la automatización de procesos jurídicos y la toma de decisiones, pero también propicia la aparición de nuevos delitos digitales como el phishing, las *deepfakes*, la suplantación de identidad y el *ransomware*. Esto ha generado un debate sobre la imputabilidad penal en el uso de la inteligencia artificial, cuestionando si la responsabilidad recae en el programador, el usuario o la propia máquina. Para regular su uso, la Unión Europea ha aprobado un reglamento que clasifica los sistemas según su nivel de riesgo y establece sanciones.

La evolución tecnológica ofrece herramientas para mejorar en el ámbito del Derecho, planteando desafíos éticos y jurídicos que requieren una regulación y adaptación constante dentro del marco legal, para garantizar un uso responsable y proteger los Derechos Fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia Artificial - Derecho penal - Delitos digitales - Responsabilidad Penal - Unión Europea - Derechos Fundamentales.

1. Introducción

La inteligencia Artificial (en adelante «IA»), se ha desarrollado por el ser humano con la finalidad de facilitar la vida cotidiana, con el objetivo de poder agilizar los procesos y trabajar de una manera más eficiente.

La Declaración de Montreal de 2018 explica que: «*La inteligencia artificial constituye una forma importante de progreso científico y tecnológico, que puede generar grandes beneficios sociales al mejorar las condiciones de vida y la salud, agilizar la justicia, crear riquezas,*

reforzar la seguridad pública [...]»¹ Por tanto, podemos hablar de que la IA aporta beneficios, pero también hay innumerables peligros y amenazas que pueden surgir por la mala utilización de esta herramienta.

De esta manera, la IA puede llegar a limitar los Derechos Fundamentales, las decisiones de los individuos, influenciar en el ámbito político e incluso potenciar la consumación de delitos digitales.

En este escenario, es donde surge la necesidad de satisfacer esa responsabilidad legal que puede surgir de los hechos cometidos por sistemas IA, como por ejemplo los problemas derivados de la imputación objetiva de resultados lesivos, la imputabilidad de la responsabilidad penal, etc. Por tanto, con la aparición de la IA y su desarrollo, se ha empezado a analizar los problemas que pueden surgir de las acciones cometidas por estos sistemas y qué legislación habría que desarrollar para poder controlarla.

En consecuencia, a estos problemas, se nos pueden plantear las siguientes preguntas: ¿A quién se le puede imputar acciones de un agente artificial que deriven en un daño a un bien jurídico? ¿Al programador o al usuario que la utiliza? ¿Qué puede hacer un juez, abogado y demás operadores jurídicos ante un caso donde se ha aplicado inteligencia artificial?

En términos generales, la IA en el mundo jurídico se refiere al uso de algoritmos y sistemas computacionales avanzados capaces de procesar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y generar predicciones con el fin de optimizar el trabajo de abogados, jueces y demás operadores jurídicos.

Uno de los principales usos que la IA puede dar en este ámbito es la automatización de tareas repetitivas, como la revisión de documentos, elaboración de contratos y el análisis de jurisprudencia, ya que esta puede escanear miles de documentos en cuestión de segundos, facilitando la búsqueda de precedentes judiciales, permitiendo a los abogados enfocarse en otras tareas estratégicas para hacer un trabajo más eficiente.

Asimismo, la IA está impactando en la asesoría jurídica con el desarrollo de «*chatbots*» y asistentes legales virtuales capaces de responder consultas básicas, interpretar leyes y normativas, e incluso generar borradores de documentos legales.

En definitiva, la Inteligencia Artificial está transformando la forma de ver el ejercicio de la abogacía y la administración de justicia, ofreciendo soluciones innovadoras que aumenten la eficiencia y la efectividad de la práctica legal. Sin embargo, su adopción debe ir acompañada de un marco normativo sólido que garantice el uso responsable y equitativo en el sistema jurídico.

1 PELET PASCUAL, A. (2024). *Inteligencia artificial y Derecho Penal: en particular, la imputación objetiva de resultados lesivos*. [Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas]. Repositorio Comillas. (Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/79670/TFG-%20Pelet%20Pascual%2C%20Alejandro.pdf?sequence=2&isAllowed=y>; última consulta 20/12/2024).

2. ¿Qué es la inteligencia artificial?

El Comité Económico y Social Europeo, en el «*Dictamen sobre la inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad*»² nos habla, que no existe una definición exacta y aceptada de inteligencia artificial.

También, la Real Academia Española nos hace una breve definición de que es la inteligencia artificial indicándonos que: «*disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico*»³

Podemos decir que existe un problema a la hora de definir que es la inteligencia artificial, ya que no existe una única definición, sino que hay varias. Son muchos autores que intentan definir esta herramienta, dando definiciones amplias y generales de lo que es, pero si seguimos las definiciones del profesor Stanford John McCarty y Marvin Minsky, cofundadores del Laboratorio de Inteligencia Artificial, que mencionaron por primera vez en 1959, podemos tener una idea más clara.

El primero señalaba que la inteligencia artificial es «*es la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes*»⁴ Y el segundo indicaba que «*la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían inteligencia si las hicieran las personas*»⁵. Con estas definiciones podemos descartar a los «*robots*», los cuales han sido programados, pero no son dispositivos inteligentes, ya que estos reciben una serie de órdenes impuestas y, por tanto, no son capaces de desarrollar otras acciones que no sean las programadas.

También podemos hablar, de la definición que incluye la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen las normas en materia de IA, definiendo la inteligencia artificial en su artículo 3.1 indicando: «*Es el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I - esto es, estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo; estrategias basadas en la lógica y el conocimiento [...] y*

2 **COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.** (2017). *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»*, Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1, 31 de agosto de 2017, pág. 3. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369>; última consulta 02/01/2025).

3 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.8 en línea] (disponible en <https://dle.rae.es>; última consulta 28/12/2024).

4 **HUALLPA TAPIA, L.** «Aplicación de la Inteligencia Artificial en Solución de Problemas Empresariales», *Arequipa*, pág. 1.

5 **DELGADO, M.** *La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno*. Granada. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996, pág. 18.

que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúa»⁶.

En definitiva, la definición de inteligencia artificial es amplia y compleja, ya que todavía no existe una definición clara de la misma, sino que existen autores con distintas opiniones acerca de que es esta herramienta, la cual está ayudando a mejorar la eficacia y precisión en diferentes sectores como en el jurídico, el industrial, el tecnológico, etc.

3. La inteligencia artificial y la configuración de nuevas modalidades de delitos

La inteligencia artificial, está cambiando el panorama delictivo, al posibilitar la creación y configuración de nuevas formas de delitos que se separan de los delitos tradicionales en el Derecho Penal. Esto hace que podamos hablar de dos vertientes: por un lado, el uso malintencionado de la tecnología avanzada para manipular, suplantar, falsificar y, por otro lado, la capacidad de la inteligencia artificial para perfeccionar acciones delictivas, aumentando el espectro del cibercrimen y creando escenarios inéditos para la comisión de ilícitos.

Asimismo, podemos hablar de algunos delitos que se están cometiendo con la ayuda de la inteligencia artificial y cada vez más están cogiendo protagonismo:

- Automatización de Ataques Cibernéticos: Phishing y Fraude Financiero: La inteligencia artificial, ha desarrollado algoritmos que automatizan ataques de phishing y fraudes financieros. Estos ataques plantean una necesidad de tipificar delitos que antes pasaban desapercibidos, ya que eran complejos de llevar a cabo.

El phishing es una técnica de ataque cibernético basada en la ingeniería social que consiste en enviar mensajes fraudulentos generalmente a través de correos electrónicos, mensajes de texto o llamadas que aparentan provenir de fuentes confiables (como bancos, empresas reconocidas o incluso contactos conocidos)⁷.

El objetivo principal es engañar a la víctima para que esta revele información de carácter personal, como contraseñas, datos bancarios o bien hacer clic en un enlace para instalar un «malware»⁸.

6 COMISIÓN EUROPEA. (2021). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y que modifica determinados actos legislativos de la Unión*. (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>; última consulta 10/01/2025).

7 IBM. (2024, 17 de mayo). «¿Qué es el phishing?» (Disponible en <https://www.ibm.com/mx-es/topics/phishing>; última consulta 18/01/2025).

8 HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. (2019). «Inteligencia Artificial y Derecho Penal» (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 10 bis, pp. 792-843).

En cuanto a la responsabilidad de este tipo de delitos, debemos analizar si recae únicamente en el operador humano o si existe alguna atenuante cuando se utiliza un sistema de inteligencia artificial, por tanto, hay varios interrogantes sobre la imputabilidad de la «máquina», programador o de la empresa que implementa el sistema.

- Las Deepfakes y la Suplantación de Identidad Digital: Las «*deepfakes*» son medios audiovisuales, videos, audios o imágenes, alterados mediante algoritmos de inteligencia artificial para sustituir la identidad de una persona por la de otra de forma muy realista. Esta tecnología, al principio se utilizaba para entretener y facilitar la vida a las personas, pero poco a poco la capacidad de la inteligencia artificial ha ido creando riesgos importantes como el fraude, manipulación de la opinión pública y la desinformación.

Esta manipulación con un alto grado de realismo, ha permitido que los delincuentes puedan crear identidades falsas y alterar pruebas audiovisuales. Estas técnicas se están utilizando para abrir cuentas bancarias mediante fotografías falsas con el objetivo de suplantar la identidad y poder consumir el delito.

La suplantación de identidad atenta contra los Derechos Fundamentales como la intimidad y el honor, por lo que se necesita que la legislación se adapte para poder proteger la identidad de una persona en el entorno digital¹⁰.

- *Ransomware* como servicio (RASS): Es un modelo de negocio criminal, donde grupos especializados desarrollan y mantienen un software malicioso denominado «*ransomware*» y lo ponen a disposición de otros ciberdelincuentes a través de un sistema de suscripción, pago único o reparto de beneficios.

A lo largo de estos últimos años, los operadores de RAAS, han ido integrando técnicas de inteligencia artificial en algunas fases de sus operaciones como, por ejemplo: automatizar la propagación y el cifrado, que son algoritmos de la inteligencia artificial que pueden ayudar a encontrar las vulnerabilidades de la víctima, haciendo más eficaz el resultado de la acción delictiva contra los objetivos seleccionados¹¹.

Un ejemplo claro de este tipo de delitos implementados con la inteligencia artificial es el caso del grupo de «*ransomware*» denominado «*BlackCat*», «*utilizó en 2023 técnicas y herramientas de IA para eludir las defensas tradicionales de ciber-*

9 IT DIGITAL SECURITY DIGITAL. (2024). «El auge de la IA dispara los ciberataques en el sector financiero en 2024». *Cinco Días* - El País. (Disponible en <https://cincodias.elpais.com/smart-life/lifestyle/2024-11-13/el-auge-de-la-ia-dispara-los-ciberataques-en-el-sector-financiero-en-2024.html>; última consulta 21/01/2025).

10 LINARES, M. (2018). «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots» (*Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 20, pp. 87–130).

11 IBM. (2024). «¿Qué es el ransomware como servicio (RaaS)?». (Disponible en <https://www.ibm.com/es-es/topics/ransomware-as-a-service>; última consulta 25/01/2025).

seguridad y propagarse rápidamente a través de las redes, cifrando los datos de las víctimas antes de solicitar el pago de los rescates»¹².

En definitiva, esta fusión entre RAAS y la inteligencia artificial no solo está incrementando los ataques los cuales son cada vez más sofisticados y específicos, sino que también está obligando a los equipos de seguridad a adoptar estrategias basadas en la inteligencia artificial para poder combatir estas amenazas de una forma más eficiente.

- **Delitos contra la libertad sexual:** La inteligencia artificial relacionada con este tipo de delitos cada vez toma más protagonismo en este tipo de acciones, ya que tiene la capacidad de generar y transformar textos e imágenes de menores de edad o adultos en contenido pornográfico, el cual es elaborado con bastante precisión y es muy difícil de identificar y diferenciar si la acción llega a ser real o no.

De acuerdo con el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados, estas acciones están en auge y, por tanto, resulta difícil dar una estimación de cuantos niños y adolescentes son explotados sexualmente o desaparecidos. Desde 2023 esta organización ha ido incluyendo una clasificación con estadísticas, donde se indica el número de reportes con contenido sexual generados por sistemas de inteligencia artificial¹³.

También, se han detectado la utilización de robots sexuales para realizar actos contra la libertad sexual, ya sea de forma remota o bajo el control de la inteligencia artificial.

No obstante, la construcción de estos aparatos se puede realizar mediante impresoras 3D y planos desarrollados por IA u personas con fines lícitos o ilícitos¹⁴.

En definitiva, la utilización de herramientas de inteligencia artificial para cometer delitos contra la libertad sexual está representando una amenaza creciente para la intimidad, la dignidad y la autodeterminación de las personas, afectando tanto a menores como a adultos. Estos delitos, provocan daños sociales, morales y psicológicos considerables y evidencian claramente una necesidad de actualizar y armonizar los marcos legales, tanto a nivel nacional como internacional para poder garantizar la protección de los Derechos Fundamentales y una respuesta judicial clara y efectiva.

12 VELASCO, C., GARCIA PERICHE, J., GÓMEZ GÓMEZ, J.D., & BUENO BENEDÍ, M. (2024). «Inteligencia artificial y crimen organizado». *EL PACCTO 2.0 - Expertise France y Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP)*. (Disponible en <https://www.fiiapp.org/wp-content/uploads/2024/11/ELPACCTO2-IAyCrimen-ES.pdf>; última consulta 15/01/2025).

13 VELASCO, C., GARCIA PERICHE, J., GÓMEZ GÓMEZ, J. D., & BUENO BENEDÍ, M., *op. cit.*, pág. 38-40.

14 PATAGONICO, E. (2024). «El pedófilo que estaba construyendo un robot sexual de un menor». (Disponible en <https://www.elpatagonico.com/el-pedofilo-que-estaba-construyendo-un-robot-sexual-un-menor-n5992054>; última consulta 05/02/2025).

4. Regulación normativa europea sobre la IA

El Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea¹⁵, adoptado en junio de 2024 y publicado en el Diario Oficial de la UE, constituye el primer marco normativo que busca garantizar que los sistemas de inteligencia artificial sean seguros, éticos y respeten los Derechos Fundamentales. Su planteamiento se basa en una clasificación de los sistemas según el nivel de riesgo, estableciendo una responsabilidad por cada categoría. Esta regulación no sólo tiene el objetivo de armonizar el mercado interior, sino también servir como referente en el panorama internacional¹⁶.

En cuanto a los riesgos que puedan generar los sistemas de inteligencia artificial, el reglamento establece un sistema de «semáforo» indicando en primer lugar un riesgo inaceptable y en último lugar un riesgo mínimo. Existen cuatro niveles de riesgos:

- Riesgo inaceptable: Son aquellos que suponen una amenaza grave para la seguridad, la integridad y los Derechos Fundamentales de las personas, por ejemplo, aquellos sistemas que manipulan el comportamiento humano de forma engañosa.
- Alto riesgo: Son sistemas que pese a estar permitidos, pueden generar un impacto significativo en la salud, empleo, educación, seguridad o a los Derechos Fundamentales de las personas. Para estos sistemas se exige una implantación de un sistema de gestión de riesgos, evaluación, certificación y supervisión humana¹⁷.
- Riesgo limitado: En esta categoría se incluyen aplicaciones que, si bien no suponen un riesgo elevado, deben cumplir obligaciones de transparencia como, por ejemplo, los «chatbots» en servicios de atención al cliente, donde el usuario tiene que ser informado cuando está interactuando con un sistema automatizado¹⁸.
- Riesgo Mínimo o Nulo: La mayoría de las aplicaciones de IA se consideran de riesgo mínimo o nulo, ya que no suponen un impacto significativo en la seguridad o en los Derechos Fundamentales de las personas. Aquí podemos incluir aplicaciones como videojuegos o herramientas de entretenimiento¹⁹.

15 PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024). *Reglamento (UE) 2024/... sobre inteligencia artificial* (DOUE-L-2024-81079). Boletín Oficial del Estado.

16 COMISIÓN EUROPEA. (2021). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y que modifica determinados actos legislativos de la Unión*. (pp. 5-7). (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>; última consulta 10/02/2025).

17 CUATRECASAS (2024). «Aspectos clave del Reglamento de Inteligencia Artificial». (pp. 18-20). (Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/ia-inteligencia-artificial-reglamento-claves>; última consulta 12/01/2025).

18 FERNÁNDEZ RIVAYA, J., & GARCÍA LUENGO, J. (2024). «El Reglamento europeo de Inteligencia Artificial: empieza la cuenta atrás para su completa entrada en vigor». *Garrigues Digital*. (Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/publicado-reglamento-europeo-inteligencia-artificial-empieza-cuenta-atras; última consulta 13/02/2025).

19 EL DERECHO. (2024). «¿Qué es la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024?». *El Derecho* (Disponible en <https://elderecho.com/que-es-la-estrategia-de-inteligencia-artificial-2024>; última consulta 05/02/2025).

También el reglamento habla de los plazos y del régimen sancionador del reglamento, donde se prevé una implementación escalonada del mismo, ya que algunas prohibiciones y obligaciones entrarán en vigor en 2025, pero la aplicación plena y efectiva para los sistemas de alto riesgo, se consolidarán en los años 2026 y 2027. La vulneración de estas obligaciones puede dar lugar a sanciones económicas muy elevadas, pudiendo llegar hasta el 7 % del volumen de negocios anual global de la empresa o a multas de decenas de millones de euros²⁰.

5. Conclusiones

La Inteligencia Artificial, está teniendo un impacto significativo en el Derecho penal español, creando nuevos escenarios delictivos y ampliando la responsabilidad penal de individuos y empresas en caso de un uso indebido de la IA. La aprobación y aplicación del Reglamento del Parlamento Europeo y Consejo de la UE, ha ayudado a introducir obligaciones de transparencia y trazabilidad para facilitar la investigación penal y exigir una adaptación normativa ante delitos emergentes como el acoso digital o las «*deepfakes*».

En este contexto, la IA puede mejorar la eficiencia en el análisis de datos y la identificación de patrones delictivos, pero plantea desafíos éticos y jurídicos que requieren una regulación constante. La clave está en actualizar la normativa, fortalecer la supervisión humana y fomentar la colaboración entre expertos para desarrollar sistemas confiables que optimicen la justicia sin vulnerar Derechos Fundamentales.

6. Bibliografía

DELGADO, M. *La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno*. Granada. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996, pág. 18.

HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. (2019). «Inteligencia Artificial y Derecho Penal» (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 10 bis, pp. 792–843).

HUALLPA TAPIA, L., «Aplicación de la Inteligencia Artificial en Solución de Problemas Empresariales», *Arequipa*, pág. 1.

LINARES, M. (2018). «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots» (*Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, pp. 87–130).

20 FERNÁNDEZ RIVAYA, J., *op. cit.*

- PELET PASCUAL, A.** (2024). *Inteligencia artificial y Derecho Penal: en particular, la imputación objetiva de resultados lesivos* [Trabajo de Fin de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia Comillas]. Repositorio Comillas (disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/79670/TFG-%20Pelet%20Pascual%2C%20Alejandro.pdf?sequence=2&isAllowed=y>; última consulta 20/12/2024).
- VELASCO, C., GARCIA PERICHE, J., GÓMEZ GÓMEZ, J.D., & BUENO BENEDÍ, M.** (2024). «Inteligencia artificial y crimen organizado». *EL PACCTO 2.0* - Expertise France y Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). (disponible en <https://www.fiiapp.org/wp-content/uploads/2024/11/ELPACCTO2-IAyCrimen-ES.pdf>; última consulta 15/01/2025).

6.1. Webgrafía

- CUATRECASAS** (2024). «Aspectos clave del Reglamento de Inteligencia Artificial». (pp. 18-20). (Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/ia-inteligencia-artificial-reglamento-claves>; última consulta 12/01/2025).
- EL DERECHO.** (2024). «¿Qué es la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024?». *El Derecho*. (disponible en <https://elderecho.com/que-es-la-estrategia-de-inteligencia-artificial-2024>; última consulta 05/02/2025).
- FERNÁNDEZ RIVAYA, J., & GARCÍA LUENGO, J.** (2024). «*El Reglamento europeo de Inteligencia Artificial: empieza la cuenta atrás para su completa entrada en vigor*». *Garrigues Digital* (disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/garrigues-digital/publicado-reglamento-europeo-inteligencia-artificial-empieza-cuenta-atras; última consulta 13/02/2025).
- IBM.** (2024, 17 de mayo). «¿Qué es el *phishing*?» (disponible en <https://www.ibm.com/mx-es/topics/phishing>; última consulta 18/01/2025).
- IT DIGITAL SECURITY DIGITAL.** (2024). «El auge de la IA dispara los ciberataques en el sector financiero en 2024». *Cinco Días - El País*. (disponible en <https://cincodias.elpais.com/smartlife/lifestyle/2024-11-13/el-auge-de-la-ia-dispara-los-ciberataques-en-el-sector-financiero-en-2024.html>; última consulta 21/01/2025).
- PATAGONICO, E.** (2024). «El pedófilo que estaba construyendo un robot sexual de un menor», (disponible en <https://www.elpatagonico.com/el-pedofilo-que-estaba-construyendo-un-robot-sexual-un-menor-n5992054>; última consulta 05/02/2025).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.8 en línea] (disponible en <https://dle.rae.es>; última consulta 28/12/2024).

6.2. Legislación

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. (2017). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo *Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad*. Diario Oficial de la Unión Europea C 288/1, 31 de agosto de 2017, pág. 3 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369>; última consulta 02/01/2025).

COMISIÓN EUROPEA. (2021). *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que establece normas armonizadas sobre la inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y que modifica determinados actos legislativos de la Unión* (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>; última consulta 10/01/2025).

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2024). *Reglamento (UE) 2024/... sobre inteligencia artificial* (DOUE-L-2024-81079). Boletín Oficial del Estado.

¿Es constitucional la amnistía? Una perspectiva jurídica

Alfonso Maldonado de Miguel

3.º de Derecho, Universidad CEU Cardenal Herrera

RESUMEN

La proposición y posterior aprobación de una ley de amnistía ha suscitado un enérgico y polarizado debate en torno a su compatibilidad con la Constitución española de 1978. En este artículo se hace un análisis jurídico del concepto de amnistía, su diferenciación del indulto, además de presentarse una exposición sistemática de los principales argumentos esgrimidos por los sectores doctrinales que defienden o rechazan la constitucionalidad de la figura. La conclusión es que la amnistía es inconstitucional porque supone la flagrante vulneración de principios jurídicos constitucionales, porque no está prevista en nuestro ordenamiento y porque se aboga por su constitucionalidad más por necesidad política que por argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE

Amnistía – Indulto – Cortes Generales – Constitución – Principios constitucionales.

1. Introducción

El interés doctrinal por la constitucionalidad de la amnistía había sido, hasta hace poco tiempo, una cuestión tratada por un reducido grupo de juristas, en su mayoría penalistas. Sin embargo, las elecciones generales celebradas el 23 de julio de 2023 han abierto un nuevo escenario en torno a esta materia.

Tras el rechazo al candidato del Partido Popular, Su Majestad D. Felipe VI de Borbón y Grecia, propuso a Pedro Sánchez, líder del PSOE, como candidato a la presidencia del Gobierno. Para asegurar su investidura, el PSOE pactó con Juntos por Cataluña/Junts per Catalunya (JxCat) la aprobación de una ley de amnistía para los implicados en el procés de 2017. Como resultado, el 24 de noviembre de 2024, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la «Proposición de Ley Orgánica de amnistía», que fue aprobada el 30 de mayo de 2024 con 177 votos a favor y 172 en contra, y publicada en el BOE el 11 de junio de 2024¹.

El presente artículo ofrece un análisis jurídico del instituto de la amnistía y su conformidad con el control de legalidad exigido por nuestro ordenamiento, prescindiendo, dentro de lo posible, de un juicio político del asunto.

1 Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, para la normalización política, institucional y social en Cataluña.

2. El concepto jurídico de amnistía y su relación con el indulto

La amnistía es un instituto jurídico por el cual se produce una derogación retroactiva que puede afectar tanto a una norma donde se tipifica un acto como ilícito (que es el caso común), como a la norma que dispone la correspondiente sanción (en realidad, más propio del instituto jurídico del indulto)².

Así, la amnistía supone incidir sobre la realidad jurídica, es decir, sobre cómo el ordenamiento jurídico califica hechos y actos que se dan en la realidad material. Por ello, se dice que la amnistía es una suerte de «olvido» o «amnesia» (en honor a su origen etimológico) del ordenamiento jurídico³.

Por tanto, podemos decir que la amnistía actúa sobre la ilicitud de un acto; deja de considerarlo como ilícito, y, por tanto, deja sin efecto el presupuesto de hecho que da lugar a la consecuencia jurídica. Supone evitar el surgimiento del silogismo que dirige la aplicación de las normas jurídicas.

En relación a ello, hemos de mencionar el instituto jurídico del indulto. El indulto no modifica la calificación de un hecho, sino sobre su sanción. Así, en el supuesto del indulto, existe un acto ilícito, pero se extingue la eficacia de la sanción correspondiente, ya se total o parcialmente.

En estos casos, no se evita el surgimiento del silogismo mencionado, sino que en realidad lo que sucede es que, una vez ejecutado el mismo (hecho material, supuesto de hecho, consecuencia jurídica), se le priva de aplicación a la consecuencia jurídica prevista en la norma. Así, se trata de un «perdón», que además puede ser particular, si se trata de un sujeto o acto determinado, o general, si son una pluralidad⁴.

La amnistía y el indulto están relacionadas en tanto en cuanto son institutos jurídicos que pertenecen al género del derecho de gracia; pero son realmente diferentes, y no sólo en la vertiente cuantitativa, sino también en la cualitativa, como menciona el Tribunal Constitucional en su Sentencia 147/1986⁵.

Así, la amnistía afecta a hechos condenados, investigados, o incluso por investigar, y supone la desaparición de los antecedentes penales, mientras solo cabe indultar lo que previamente ha sido objeto de una condena por sentencia firme⁶.

2 REQUEJO PAGÉS, J. L., «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», en revista electrónica de *Historia Constitucional*, número 2, 2001, pp. 81-106.

3 REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pág. 81-106.

4 REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pág. 81-106.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre 147/1986, FJ2.

6 DÍAZ REVORIO, F.J., «Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña», en *Diario LA LEY*, número 10426, Sección Tribuna, 16 de enero de 2024, pp. 1-12.

Por último, otra importante diferencia es el poder público que ejercita una y otra figura; mientras la amnistía ha de ser aprobada mediante una norma con rango legal, el indulto es competencia del ejecutivo⁷.

3. Argumentos a favor de la amnistía

Hemos de admitir que la doctrina jurídica ha sido muy intensa, tanto por un lado como por otro, y muchas y diferentes opiniones jurídicas se han expresado respecto a la constitucionalidad (o no) de la amnistía. Por tanto, no será posible abarcar la totalidad de los argumentos esgrimidos por los eruditos de la materia, pero sí se hará en el presente escrito una sistematización de, al menos, los argumentos de mayor peso manifestados por ambas corrientes.

A) El silencio constitucional sobre la amnistía

El art. 62.i) CE, referente al «derecho de gracia», nada dice sobre la amnistía, aunque ciertamente prohíbe los indultos generales. Así, una parte de la doctrina ha entendido que la falta de prohibición expresa de la amnistía, habiéndola sobre los indultos generales, supone una aceptación tácita del instituto jurídico por parte de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, si los constituyentes suprimieron los indultos generales, ¿por qué no aprovecharon para abolir también la amnistía?⁸

A ello, parte de la doctrina que aboga por la inconstitucionalidad de la medida ha esgrimido un argumento *a fortiori* como respuesta, entendiendo que, si se prohíbe el indulto general, con mayor razón se debería prohibir la amnistía.

No obstante, es un argumento que no ha calado y ha sido fácilmente rebatido. Así, como hemos mencionado anteriormente, la diferencia entre los institutos jurídicos de la amnistía y el indulto no se basan únicamente en elementos cuantitativos⁹, sino, en todo caso, en elementos cualitativos; es decir, la amnistía no supone una figura mayor que el indulto, en el sentido de que no es un grado superior al mismo, sino que es cualitativamente distinta, aunque ambas figuras pertenezcan al mismo género, esto es, las medidas de gracia.

B) La libertad de configuración de las Cortes Generales

Otro argumento alegado por un sector de la doctrina de carácter roussoniana es el de la libertad de configuración de las Cortes Generales. Así, al no prohibirse expresamente la amnistía por la Constitución que, digamos, es la norma que delimita lo aceptable de lo inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico, las Cortes Generales, al representar la

7 RUIZ BURSÓN, F. J., «¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra», en *Anuari de Dret Parlamentari*, número 37, 2023, pp. 83-128.

8 MARTÍN PALLÍN, J. A., «La amnistía: es constitucional, es democrática y es necesaria», *elDiario*, 5 de agosto de 2023.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre 147/1986, FJ2.

«voluntad general», poseen «libertad de configuración» para dar respuesta mediante ley a cualquier problema con el que la sociedad tenga que enfrentarse¹⁰.

Ello porque, nada más y nada menos, las Cortes Generales son, conforme el art. 66.1 CE, el poder público que representa al pueblo español, que a su vez es, conforme el art. 1.2 CE, titular («donde reside») la soberanía nacional, dotando a las Cortes Generales así el deber de, como representantes, plasmar la voluntad general del pueblo español¹¹. De este modo, al carecer de prohibición expresa, nada impediría a las Cortes Generales producir una ley de amnistía, al considerarse ésta como una manifestación de la «voluntad general».

Este argumento ha sido incluso mencionado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque tímidamente (al añadir 'en principio') al disponer la Sentencia 76/1983 que «No cabe duda —y así lo señala el Abogado del Estado— que las Cortes Generales, como titulares de la «potestad legislativa del Estado» (art. 66.2 CE), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello [...]»¹².

Y es que, ciertamente, al tratarse en nuestro Derecho la ley desde su concepto formal y no material, no se requiere habilitación previa y expresa para regular sobre una materia. Por ende, siendo la amnistía parte de la ley y de la función legislativa, no requeriría de habilitación constitucional las Cortes Generales para producirla¹³, sino que estaría dentro de la «libertad de configuración» que les es inherente.

C) La amnistía y la tradición jurídica española

Nadie letrado en nuestra Historia, y más específicamente, en nuestra Historia constitucional, puede afirmar que la figura de la amnistía haya sido algo ajeno o extraño a nuestra tradición jurídica; de hecho, en ninguna de las varias Constituciones que han estado vigentes en España ha existido prohibición expresa de la amnistía¹⁴.

Así, la Constitución de 1869 y la Constitución de 1931 previeron la figura de la amnistía, y, además, entre 1832 y 1918 hubo nada menos que dieciocho amnistías¹⁵. Ello, junto al hecho de que la Constitución de 1876 descartase prever la amnistía en su texto legal, y, aun así, se dieran varias amnistías durante su vigencia¹⁶, permiten argumentar que el silencio constitucional no es, y no lo ha sido en nuestra Historia constitucional, un impedimento para la concesión de las mismas.

10 PÉREZ ROYO, J., «Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía», *elDiario*, 2 de agosto de 2023.

11 AGUADO RENEDO, C., «La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y de control constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 131, pp. 49-88.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto 76/1983, FJ4.

13 GARCÍA ROCA, J., «La amnistía en la Constitución: los constitucionalismos divididos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 131, pp. 13-47.

14 NOGUERA, A., «Que la Constitución no mencione la amnistía no significa que no se pueda hacer», *Público*, 7 de septiembre de 2023.

15 GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, pp. 13-47.

16 AGUADO RENEDO, C., *op. cit.*, pp. 49-88.

D) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Nuestro Alto Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre asuntos relacionados con la amnistía, siendo el caso más emblemático el de la Sentencia 147/1986, de 25 de noviembre, donde se definía la amnistía como un instituto jurídico excepcional, y se anulaba una amnistía laboral relacionada con la Ley de Amnistía de 1977. Otro caso más reciente es el de la Sentencia 73/2017, relativo a una amnistía fiscal.

En ambos casos, el Tribunal dictó la inconstitucionalidad de ambas amnistías, pero no porque nuestro ordenamiento jurídico proscriba las mismas, sino porque en el primer caso se lesionaba la seguridad jurídica, y en el segundo porque la amnistía se había aprobado mediante un decreto-ley.

Así, si la figura de la amnistía fuese inconstitucional previsiblemente tales sentencias y otras habrían declarado la inconstitucionalidad de las leyes enjuiciadas por la falta de competencia del legislador para aprobar amnistías en vez de revisarlas¹⁷.

4. Argumentos en contra de la amnistía

Han sido numerosos los legos en Derecho que se han pronunciado contra la constitucionalidad de la amnistía en nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que se puede decir, sin caer en exageraciones, que la mayor parte de la doctrina se ha inclinado por la inconformidad de la figura¹⁸. Los argumentos presentados son los siguientes.

A) La vulneración de principios constitucionales

Siendo nuestro Estado un Estado de Derecho constitucional, existen una serie de principios, constitucionalizados en su mayoría, que rigen la organización del mismo y el funcionamiento de los poderes públicos. Así, se argumenta por parte de aquellos que abogan por la inconstitucionalidad de la amnistía que tal figura supone una vulneración de ciertos principios constitucionales; postulados que pasamos a relatar.

En primer lugar, se alega la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) que se da con la amnistía, en concreto, del principio de igualdad formal; la igualdad ante la ley. De modo que el mismo ilícito cometido por distintos individuos se vea anulado en unos casos, y no en los otros, porque para estos sigue del todo vigente la norma que lo tipifica, mientras que para aquellos la aplicación de esa norma se ve suspendida por cumplir el criterio que funda la medida de gracia en cuestión¹⁹.

Y, en segundo lugar, supone una transgresión del principio de separación de poderes por ser la amnistía una excepción al monopolio jurisdiccional de Jueces y Magistrados;

17 GARCÍA ROCA, J., *op. cit.*, pp. 13-47.

18 RUIZ BURSÓN, F.J., *op. cit.*, pp. 83-128.

19 AGUADO RENEDE, C., *op. cit.*, pp. 49-88.

monopolio constitucional contemplado en el art. 117.3 CE, al disponer que la potestad jurisdiccional, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Magistrados. Por ello, una amnistía supone una intromisión directa del Poder Legislativo en la actividad principal del Poder Judicial, puesto que aquél interviene en decisiones que corresponden exclusivamente a éste²⁰.

B) La sujeción a la Constitución de las Cortes Generales

Dispone el art. 9.1 CE que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». En base a ello, los legos en Derecho constitucional han argumentado que la amnistía es un instituto jurídico inviable en nuestro ordenamiento.

Ello porque matizan el deber de sujeción que cada actor tiene en nuestro Estado. Así, mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de realizar conductas contrarias a la Constitución²¹, los órganos públicos sólo pueden hacer aquellos que el ordenamiento jurídico les permite²². Por ende, careciendo la Constitución de un mandato expreso que habilite la amnistía, ésta es inconstitucional.

C) El rechazo por nuestro ordenamiento al instituto jurídico de la amnistía

Otro de los argumentos esgrimidos por la doctrina reacia a aceptar la constitucionalidad de la amnistía justifica su postura en base a que nuestro ordenamiento jurídico, implícitamente al menos, rechaza tal instituto jurídico.

En primer lugar, porque el art. 62.i) CE rechaza los indultos generales. Así, si los indultos generales están prohibidos, y suponen el perdón de la pena, la amnistía, que, supone no ya el perdón, si no la derogación retroactiva del delito, con mayor fundamento estará está prohibida²³. Así, el Auto 31/1981, de 25 de marzo, del Tribunal Constitucional, dispone que la aplicación de medidas de gracia generales, como lo es la amnistía, están prohibidas por norma constitucional expresa; el art. 62.i) CE²⁴.

En segundo lugar, porque nuestro Código Penal de 1995, orgullosamente denominado «de la democracia» no contempla, en su art. 130 CP, la amnistía como una causa de extinción, cuando el anterior, del año 1973, sí que la contemplaba²⁵. Lo que pone de manifiesto un consenso tácito entre las fuerzas políticas de la época sobre que la amnistía no era causa de extinción de la responsabilidad penal porque en el ordenamiento jurídico actual no se consideraba factible tal figura.

20 GARCÍA TORRES, M. L., «Los derechos de gracia en un Estado de Derecho del siglo XXI: la amnistía y el indulto, instituciones de otro siglo», *EconomisJurist*, 12 de junio de 2024.

21 RUIZ ROBLEDO, A., «Adiós a la lealtad constitucional», *El Diario de Sevilla*, 23 de septiembre de 2023.

22 ARAGÓN REYES, M., «La Constitución no permite la amnistía», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023.

23 ARAGÓN REYES, M., *op. cit.*

24 Auto 31/1981 del Tribunal Constitucional, de 25 de marzo.

25 RUIZ ROBLEDO, A., «¿Respalda el Tribunal Constitucional la amnistía?», *El Español*, 6 de octubre de 2023.

5. Conclusión

Como ha quedado patente, la constitucionalidad o no de la amnistía, analizada desde una perspectiva jurídica, y con previa intención de prescindir de todo sesgo político, es una cuestión compleja, con argumentos dispares e igualmente válidos. No obstante, hemos de decantarnos por la inconstitucionalidad de la amnistía.

La amnistía supone una quiebra de suma importancia de principios constitucionales que son fundamento de un Estado de Derecho, como el principio de igualdad o el principio de separación de poderes. Por ello, pensamos que una institución que contradice principios constitucionales tan esenciales solo podría tener cabida si la propia Constitución la contempla²⁶.

Además, aunque cierto es que otros ordenamientos de nuestro entorno prevén la figura, y que su uso ha sido incluso prolífico en nuestra tradición jurídica más reciente, ello no supone que ni nuestro ordenamiento la acepte (y, precisamente, no está prevista), ni que lo que se haya hecho en el pasado suponga un acierto en la actualidad.

Tampoco podemos desatender el momento preciso en que este debate, en torno a la constitucionalidad o no, de la amnistía ha surgido. No surge como discusión doctrinal, sino como necesidad política, y es que anterior a las elecciones de 2023, nadie defendía la figura de la amnistía con la determinación y fiereza que ciertos sectores han mostrado. Por ello, entendemos que, anterior a que surgiese la necesidad política, la amnistía se conceptuaba como un instituto jurídico impropio, e incluso indebido, en nuestro Estado de Derecho, y como consecuencia, inconstitucional.

6. Bibliografía

6.1. Obras doctrinales

AGUADO RENEDO, C., «La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y de control constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 131, pp. 49-88.

ARAGÓN REYES, M., «La Constitución no permite la amnistía», *El Mundo*, 29 de agosto de 2023. <https://www.elmundo.es/opinion/2023/08/29/64ec70a921efa095458b4597.html>

26 DÍAZ REVORIO, F.J., *op. cit.*

- DÍAZ REVORIO, F. J.**, «Una valoración de la constitucionalidad de la proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña», en *Diario LA LEY*, número 10426, Sección Tribuna, 16 de enero de 2024, pp. 1-12.
- GARCÍA ROCA, J.**, «La amnistía en la Constitución: los constitucionalismos divididos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 131, pp. 13-47 (<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.131.01>).
- GARCÍA TORRES, M. L.**, «Los derechos de gracia en un Estado de Derecho del siglo XXI: la amnistía y el indulto, instituciones de otro siglo», *EconomisJurist*, 12 de junio de 2024 (<https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/los-derechos-de-gracia-en-un-estado-de-derecho-del-siglo-xxi-la-amnistia-y-el-indulto-instituciones-de-otro-siglo/>).
- MARTÍN PALLÍN, J. A.**, «La amnistía: es constitucional, es democrática y es necesaria», *elDiario*, 5 de agosto de 2023 (https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/amnistia-constitucional-democratica-necesaria_129_10426584.html; última consulta 9/2/2025).
- NOGUERA, A.**, «Que la Constitución no mencione la amnistía no significa que no se pueda hacer», *Público*, 7 de septiembre de 2023 (<https://www.publico.es/politica/albert-noguera-constitucion-mencione-amnistia-significa-pueda.html>; última consulta 10/2/2025).
- PÉREZ ROYO, J.**, «Sobre la constitucionalidad de la ley de amnistía», *elDiario*, 2 de agosto de 2023. (https://www.eldiario.es/contracorriente/constitucionalidad-ley-amnistia_132_10425250.html; última consulta 10/2/2025).
- REQUEJO PAGÉS, J. L.**, «Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español», en *revista electrónica de Historia Constitucional*, número 2, 2001, pp. 81-106.
- RUIZ BURSÓN, F. J.**, «¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra», en *Anuari de Dret Parlamentari*, número 37, 2023, pp 83-128.
- RUIZ ROBLEDO, A.**, «¿Respalda el Tribunal Constitucional la amnistía?», *El Español*, 6 de octubre de 2023.
- RUIZ ROBLEDO, A.**, «Adiós a la lealtad constitucional», *El Diario de Sevilla*, 23 de septiembre de 2023 (https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Adios-lealtad-constitucional_0_1832516785.html#).

6.2. Legislación

- Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (BOE 11 de junio de 2024).

6.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre 147/1986, FJ2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto 76/1983, FJ4.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio 73/2017.
- Auto 31/1981 del Tribunal Constitucional, de 25 de marzo.

La Iliada de la presentación electrónica del IRPF: obligaciones fiscales formales vs. principios tributarios

José Javier Sendín González

Estudiante del Máster en Democracia y Buen Gobierno, Universidad de Salamanca

RESUMEN

La Administración Tributaria ha impuesto la obligación de presentar la declaración del IRPF de forma electrónica a todos los contribuyentes, sin tener en cuenta si carecen de acceso a los medios telemáticos necesarios, como puede suceder en el caso de las personas mayores o los residentes en zonas rurales.

Dado que el Tribunal Supremo ha dictaminado que la imposición de dicha obligación carecía de la suficiente cobertura legal, se ha procedido a efectuar una modificación de la normativa tributaria para permitir su continuidad; una reforma criticable tanto por razones formales como sustantivas.

A pesar de los beneficios que aporta la presentación electrónica del IRPF, lo cierto es que también conlleva una serie de efectos perniciosos, sobre todo para las personas afectadas por la brecha digital. Por tanto, resulta necesario analizar la conveniencia de esta decisión de la Administración Tributaria, poniéndola en conexión con los principios tributarios más esenciales.

PALABRAS CLAVE

Administración electrónica - IRPF - Principios tributarios - Obligaciones fiscales formales - Brecha digital.

1. Introducción

«Canta, ¡oh Musa!, la cólera de la Administración Tributaria». Así podría iniciar el poeta esta particular *Iliada*, una batalla entre las obligaciones fiscales formales y los principios tributarios en el marco de la presentación electrónica de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF). Si en el poema homérico los aqueos asediaban Troya, en la pugna que nos ocupa la Administración Tributaria parece dispuesta a conculcar los derechos de los contribuyentes con tal de imponer su criterio.

Desde la campaña de declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2018, el Ministerio de Hacienda ha implantado la obligatoriedad de presentar tal declaración de forma electrónica, sin permitir la posibilidad de su presentación en papel. Tras el varapalo del Tribunal Supremo, que declaró la nulidad de dicha decisión por carecer de la suficiente cobertura legal, el Poder Ejecutivo, imbuido de esa cólera que caracterizaba a Aquiles, procedió a modificar por decreto-ley la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE 29 de noviembre de 2006) (en adelante, LIRPF), con el fin de habilitar expresamente al Ministro de Hacienda para que establezca anualmente la obligación de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos. No obstante, se condiciona esa imposición a que la Administración Tributaria asegure la atención personalizada a los contribuyentes que precisen de asistencia para el cumplimiento de dicha obligación, lo que supone un auténtico «caballo de Troya» que ni el propio Odiseo hubiera llegado a concebir.

Por ello, resulta de interés desarrollar el, en palabras de **ALARCÓN GARCÍA**, «lampedusiano» viaje que ha experimentado la presentación electrónica del IRPF¹, pues podría resumirse con la célebre frase «que todo cambie para que todo siga igual». Una auténtica odisea en la que ha cobrado especial protagonismo la actuación de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF), enfrentándose cual David en combate singular al poderoso «Goliat tributario»². Resulta necesario, por tanto, examinar si la obligación de que la presentación de la declaración del IRPF se efectúe exclusivamente por medios electrónicos resulta conforme con los más esenciales principios tributarios, así como los efectos que pueden derivarse para las personas afectadas por la brecha digital, en especial las personas mayores y los residentes en el mundo rural.

2. La obligación de presentar la declaración del IRPF de forma electrónica

Si nos fijamos en las obligaciones formales en el caso del IRPF, los contribuyentes están obligados tanto a presentar la declaración del impuesto (art. 96.1 LIRPF) como a realizar la correspondiente autoliquidación (art. 97.1 LIRPF), por lo que sobre los mismos pesa la carga, no solo de declarar las rentas que hayan obtenido, sino también de determinar la cuantía de la deuda tributaria y, en su caso, proceder a ingresarla. Por tanto, el hecho de que la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2018 (BOE 13 de marzo de 2019), impusiera la obligatoriedad de presentar la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2018 por medios electrónicos

-
- 1 **ALARCÓN GARCÍA, E.**, «El "lampedusiano" viaje de la presentación electrónica del IRPF», Disponible en <https://nosoloimpuestos.es/2024/05/06/el-lampedusiano-viaje-de-la-presentacion-electronica-del-irpf/> (última consulta 10/02/2025).
 - 2 **ALARCÓN GARCÍA, E.**, «Derecho a entender los tributos (I): ¿Es obligatorio relacionarse electrónicamente con las administraciones tributarias?», Disponible en <https://fiscalblog.es/?p=7698> (última consulta 10/02/2025).

abrió un amplio debate acerca de si, en un tributo que afecta a la práctica totalidad de la ciudadanía, resultaba conveniente tal decisión.

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio 953/2023

Contra dicha orden, la AEDAF interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que fue desestimado. En consecuencia, la AEDAF recurrió en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que dictó la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio 953/2023, estimando las pretensiones de la AEDAF y, consecuentemente, declarando nulos varios preceptos de la Orden HAC/277/2019 por contravenir la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18 de diciembre de 2003) (en adelante, LGT) y la LIRPF.

La Sala recuerda que el art. 14.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE 2 de octubre de 2015) (en adelante, LPAC) señala que solo podrá imponerse reglamentariamente la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración a las personas físicas en atención a criterios como su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos que acrediten su acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Por consiguiente, la obligación de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos resulta absolutamente contraria al art. 14.3 LPAC, puesto que no tiene en cuenta los criterios que marca el precepto y, tal como señala **GIL RODRÍGUEZ**, «difícilmente se puede acreditar que todos los contribuyentes del impuesto tienen acceso a Internet y disponibilidad a los medios electrónicos necesarios, a la vista de los problemas que plantea la brecha digital»³.

No obstante, el art. 14.3 LPAC solo resultaría aplicable, de forma supletoria, en materia de procedimientos de aplicación de los tributos a falta de normativa tributaria específica. En consecuencia, la Sala examina si la Orden HAC/277/2019 cuenta con el suficiente sustento en las normas tributarias de rango legal, lo que evitaría la aplicación del art. 14.3 LPAC. En este sentido, el art. 98.4 LGT permitiría, en principio, al Ministro de Hacienda establecer la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración Tributaria. Sin embargo, la Sala entiende que el art. 98.4 LGT debe interpretarse en relación con el art. 96.2 LGT, el cual consagra el derecho, y no la obligación, de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración Tributaria, y que la Sala considera «un auténtico principio general del ordenamiento jurídico tributario». Por este motivo, la Administración Tributaria debe promover la utilización de medios electrónicos para el cumplimiento de las obligaciones fiscales formales, pero «no puede imponer su utilización obligatoria a los ciudadanos» (FJ 6.º).

Por otro lado, el art. 96.5 LIRPF, en su formulación entonces vigente, señalaba que «Los modelos de declaración se aprobarán por el Ministro de Economía y Hacienda, que establecerá la forma y plazos de su presentación, así como los supuestos y condiciones de

3 **GIL RODRÍGUEZ, I.**, «La brecha digital, un reto pendiente para la Administración Tributaria», *Nueva Fiscalidad*, n.º 2, 2023, p. 119.

presentación de las declaraciones por medios telemáticos». Por tanto, a juicio de la Sala, tampoco habilitaba al Ministro de Hacienda «para establecer con carácter general una obligación allí donde el art. 96.2 LGT establece un derecho» (FJ 6.º).

En definitiva, debemos entender que ninguno de estos preceptos tributarios permitía al Ministro de Hacienda imponer la obligación de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos a todas las personas físicas sin distinción. Por consiguiente, ante la falta de una norma tributaria específica, concluye la Sala que resulta de aplicación supletoria el art. 14.3 LPAC, lo que hace necesaria la identificación de alguna característica o circunstancia personal (capacidad económica, técnica, dedicación profesional, etc.) que justifique la imposición de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración a determinados obligados tributarios, pero no a la generalidad de los contribuyentes del IRPF.

2.2. El Real Decreto-ley 8/2023 y la Orden HAC/265/2024

Ante esta situación, el Gobierno de España no ha cejado en su empeño de establecer la obligación generalizada de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos. Con este objetivo, se procedió a reformar la LIRPF a través del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE 28 de diciembre de 2023); con el fin de subsanar el problema de la falta de una norma con rango de ley que permitiera convertir en obligación algo que el art. 96.2 LGT configura como un derecho. Así pues, la nueva redacción del art. 96.5 LIRPF habilita expresamente al Ministro de Hacienda para imponer la obligatoriedad de presentar la declaración del IRPF de forma electrónica a todos los contribuyentes sin distinción, pero con la condición de que reciban la asistencia personalizada necesaria para cumplir tal obligación.

Esta reforma de la LIRPF resulta criticable, en primer lugar, por cuestiones de forma, ya que esta modificación del art. 96.5 LIRPF se introduce mediante un decreto-ley; un hecho que es representativo del uso abusivo que se viene haciendo de este instrumento normativo en las últimas legislaturas. Dentro de este amplio decreto-ley, la reforma del art. 96.5 LIRPF aparece como una cuestión meramente accesoria y no resulta, desde luego, de extraordinaria y urgente necesidad. Por tanto, hubiera sido conveniente que esta modificación de la LIRPF se hubiera introducido mediante una ley específica y no de forma encubierta en un decreto-ley de carácter tan general.

En cuanto al fondo del asunto, la reforma resulta, a nuestro juicio, totalmente improcedente. Lejos de asumir el espíritu de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio 953/2023, que otorgaba al derecho (que no obligación) de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración Tributaria (art. 96.2 LGT) el rango de principio general del ordenamiento jurídico tributario, la decisión del Gobierno viene a profundizar en los problemas que acarrea la imposición generalizada de la obligación de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos, aunque se establezcan medidas de asistencia para contrarrestarlos. Además, se genera una antinomia entre el art. 96.2 LGT y el

art. 96.5 LIRPF, puesto que, donde el primero reconoce un derecho, el segundo permite la imposición de una obligación.

En cualquier caso, la nueva redacción del art. 96.5 LIRPF habilita a la persona titular del Ministerio de Hacienda para establecer la obligación de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos; tal como hizo la Orden HAC/265/2024, de 18 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2023 (BOE 22 de marzo de 2024). En este caso, se trata de una decisión de la actual Ministra de Hacienda que, ahora sí, cuenta con la suficiente cobertura legal, puesto que la regulación del art. 96.5 LIRPF, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2023, colma la laguna jurídica que existía en la normativa tributaria y evita la aplicación supletoria del art. 14.3 LPAC. Todo parece apuntar que la próxima orden ministerial que regule la presentación de la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2024 seguirá en esta misma línea.

Sin embargo, resulta conveniente recordar que la imposición de la presentación telemática de la declaración del IRPF de forma generalizada a todos los contribuyentes, además de contradecir la interpretación que realiza la Sala Tercera del Tribunal Supremo del art. 96.2 LGT, entra en conflicto con toda una serie de principios tributarios esenciales, lo que nos lleva a cuestionarnos su conveniencia.

2.3. Análisis crítico a la luz de los principios tributarios

Es cierto que la presentación de la declaración del IRPF por medios electrónicos conlleva ciertas ventajas tanto para el contribuyente como para la Administración Tributaria, sin olvidar tampoco los efectos positivos para el medio ambiente, dado el menor uso de papel. A pesar de ello, la obligación general de presentar la declaración del IRPF de forma electrónica proporciona, a nuestro juicio, más ventajas para la Administración Tributaria que para los contribuyentes, especialmente si se trata de personas mayores o residentes en zonas rurales. Para este sector de la población, los beneficios que aporta la Administración electrónica son escasos. Resulta necesario, por tanto, examinar los inconvenientes que conlleva la imposición de la presentación electrónica del IRPF.

En primer lugar, como hemos advertido previamente, constituye una obligación absolutamente contraria al principio general del Derecho tributario (pues ese rango le ha otorgado la Sala Tercera del Tribunal Supremo) contenido en el art. 96.2 LGT: el derecho (que no obligación) de los contribuyentes a relacionarse electrónicamente con la Administración Tributaria. Como apunta **CALVO VÉRGEZ**, carece de sentido configurar la relación electrónica entre los obligados tributarios y la Administración Tributaria como una obligación de los primeros frente a la Administración Pública, dado que se estaría convirtiendo un instrumento eficiente para garantizar los derechos de los contribuyentes en una carga para los mismos⁴.

4 **CALVO VÉRGEZ J.**, «A vueltas con la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria: Administración tributaria electrónica "versus" Derechos del obligado tributario», *Quincena Fiscal*, n.º 14, 2023, p. 29.

A este respecto, compartimos la opinión de **IGLESIAS CARIDAD** acerca de que la imposición de la obligación a todas las personas físicas de autoliquidar el IRPF a través de medios electrónicos, debido al difícil acceso a la red de Internet en buena parte del medio rural y la falta formación digital en las personas mayores, resulta manifiestamente contraria al principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE)⁵. El modo de evitar ese trato discriminatorio consistiría en establecer, en vez de una obligación general para todas las personas físicas, los supuestos tasados en los que la Administración Tributaria puede imponer la presentación electrónica de la declaración del IRPF, teniendo en cuenta criterios que acrediten el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos, tales como la capacidad económica, técnica o la dedicación profesional.

Con la imposición del empleo de medios tecnológicos para presentar la declaración del IRPF también resulta vulnerado el principio de capacidad económica, pues, como señala **LAGO MONTERO**, obliga a las personas afectadas por la brecha digital a depender de un tercero para cumplir con esta obligación formal, «para gran regocijo de asesorías y gestorías»⁶; dado que, en el mejor de los casos, podrá prestarles ayuda un familiar o conocido, pero, a falta de estos, se verán forzadas a asumir el coste de acudir a un profesional para que confeccione y presente electrónicamente su declaración del IRPF. Por consiguiente, la Administración Tributaria debe garantizar la asistencia necesaria a estos contribuyentes para evitar que se vean forzados a incurrir en gastos con el fin de dar cumplimiento a una obligación impuesta por la propia Administración Tributaria.

Por otro lado, advierte **GUERVÓS MÁILLO** que «todos estos avances que producen beneficios también pueden debilitar la seguridad jurídica de los contribuyentes al reducirse facultades y competencias en el ejercicio de los procedimientos»⁷. Así pues, la imposición de la obligación generalizada de presentar la declaración del IRPF de forma electrónica contradice el principio de seguridad jurídica, ya que, dada la habilitación efectuada por la nueva redacción del art. 96.5 LIRPF, se trata de una decisión unilateral que el Ministro de Hacienda puede adoptar anualmente sin tener en cuenta si las circunstancias personales, sociales y económicas del contribuyente le permiten presentar tal declaración por medios electrónicos. Máxime cuando en el IRPF el contribuyente tiene, además, la obligación de autoliquidar el impuesto, debiendo interpretar la normativa tributaria y efectuar operaciones aritméticas de cierta complejidad, viéndose incluso expuesto a la posible imposición de una sanción en virtud del art. 199 LGT.

Además, no parece una decisión coherente con el principio de buena administración, ya que ha supuesto la creación de obstáculos para que muchos contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias de carácter formal; resultando conculcadas, de ese modo

5 **IGLESIAS CARIDAD, M.**, «La despoblación y el envejecimiento desde la perspectiva del municipio: análisis de las políticas financieras», en **GIL GARCÍA, E.**, (dir.), *La fiscalidad del envejecimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2023, p. 302.

6 **LAGO MONTERO, J. M.**, «Del estado actual de la litigiosidad y sus causas determinantes. La escasa mutabilidad de los factores que la generan», en **LAGO MONTERO, J. M.**, (dir.), *Litigiosidad tributaria: estado, causas y remedios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 45.

7 **GUERVÓS MÁILLO, M. A.**, *Fiscalidad de las Smart Cities*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 19.

las expectativas legítimas de los contribuyentes, que hasta entonces podían presentar su declaración de la Renta en papel.

En cualquier caso, dado el empeño de la Administración Tributaria en establecer la obligación generalizada de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos, resulta necesario, tal como hace la nueva redacción del art. 96.5 LIRPF, condicionar tal imposición a que la Administración garantice la asistencia personalizada a los contribuyentes para el cumplimiento de esa obligación formal. Sin embargo, los medios ofrecidos por la AEAT no resuelven completamente esta problemática, puesto que, como apunta **GIL RODRÍGUEZ**, la asistencia presencial se ha visto afectada por la reducción de plantilla y el incremento del teletrabajo y, por su parte, la asistencia telefónica se ve perjudicada por el frecuente colapso de las líneas⁸; a lo que hay que añadir los problemas de audición que sufren las personas mayores y el inconveniente de no tener delante al interlocutor⁹. Además, tanto la asistencia telefónica como la asistencia presencial para confeccionar la declaración del IRPF del ejercicio 2023 se iniciaron en una fecha excesivamente tardía (7 de mayo de 2024 y 3 de junio de 2024, respectivamente), lo que supone una clara vulneración del derecho de los contribuyentes a ser asistidos por la Administración Tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 34.1.a) LGT).

3. Conclusiones

A tenor de lo expuesto anteriormente, la solución más conveniente, a nuestro juicio, radicaría simplemente en que la Administración Tributaria reconociera a todos los contribuyentes el derecho a elegir el medio de presentación de la declaración del IRPF, tanto de forma electrónica como en papel. De ese modo, se estaría dando cumplimiento al principio general del ordenamiento jurídico tributario contenido en el art. 96.2 LGT: el derecho (que no obligación) de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración Tributaria.

Solo así se evitaría incurrir en un trato discriminatorio hacia las personas afectadas por la brecha digital, especialmente personas mayores y residentes en zonas rurales; pues aunque los servicios de asistencia ofrecidos por la Administración Tributaria consiguen solucionar parcialmente el problema, como hemos podido observar resultan insuficientes para paliar por completo los perniciosos efectos que se derivan de la imposición de la obligatoriedad de presentar la declaración del IRPF por medios electrónicos. Por ello, la Administración Tributaria debe proceder a la mejora de los servicios de asistencia presencial y telefónica al contribuyente y, además, debe prestar dicha asistencia durante toda la campaña de declaración del IRPF, y no únicamente durante el exiguo periodo de tiempo en que ofreció tales servicios en la campaña correspondiente al ejercicio 2023.

8 GIL RODRÍGUEZ, I, *op. cit.*, p. 130.

9 DÍAZ CALVARRO, J. M., «La brecha digital y su repercusión en los derechos de los contribuyentes de la 3.^a y 4.^a edad», en GIL GARCÍA, E., (dir.), *La fiscalidad del envejecimiento*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 110.

En definitiva, debemos anhelar que, si la *liada* de Homero finaliza con el radical cambio de actitud de Aquiles, accediendo a dar cumplimiento a las legítimas peticiones del rey Príamo, en el caso que nos ocupa la Administración Tributaria atienda a las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia y modifique su actual tendencia hacia la exclusividad de la Administración electrónica. Se trata, en suma, de que la Administración Tributaria garantice de manera efectiva los derechos de los contribuyentes y de que los avances tecnológicos comporten beneficios, y no perjuicios, para la ciudadanía.

4. Bibliografía

4.1. Obras doctrinales

- ALARCÓN GARCÍA, E.**, «Derecho a entender los tributos (I): ¿Es obligatorio relacionarse electrónicamente con las administraciones tributarias?», Disponible en <https://fiscalblog.es/?p=7698> (última consulta 10/02/2025).
- ALARCÓN GARCÍA, E.**, «El "lampedusiano" viaje de la presentación electrónica del IRPF», Disponible en <https://nosoloimpuestos.es/2024/05/06/el-lampedusiano-viaje-de-la-presentacion-electronica-del-irpf/> (última consulta 10/02/2025).
- CALVO VÉRGEZ, J.**, «A vueltas con la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración tributaria: Administración tributaria electrónica "versus" Derechos del obligado tributario», *Quincena Fiscal*, n.º 14, 2023, pp. 9-30.
- DÍAZ CALVARRO, J. M.**, «La brecha digital y su repercusión en los derechos de los contribuyentes de la 3.^a y 4.^a edad», en **GIL GARCÍA, E.**, (dir.), *La fiscalidad del envejecimiento*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 103-126.
- GIL RODRÍGUEZ, I.**, «La brecha digital, un reto pendiente para la Administración Tributaria», *Nueva Fiscalidad*, n.º 2, 2023, pp. 105-147.
- GUERVÓS MAÍLLO, M. A.**, *Fiscalidad de las Smart Cities*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.
- IGLESIAS CARIDAD, M.**, «La despoblación y el envejecimiento desde la perspectiva del municipio: análisis de las políticas financieras», en **GIL GARCÍA, E.**, (dir.), *La fiscalidad del envejecimiento*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 295-320.
- LAGO MONTERO, J. M.**, «Del estado actual de la litigiosidad y sus causas determinantes. La escasa mutabilidad de los factores que la generan», en **LAGO MONTERO, J. M.**, (dir.), *Litigiosidad tributaria: estado, causas y remedios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 23-62.

4.2. Legislació

- Constitució Espanyola (BOE 29 de desembre de 1978).
- Ley 58/2003, de 17 de desembre, General Tributaria (BOE 18 de desembre de 2003).
- Ley 35/2006, de 28 de novembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificació parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29 de novembre de 2006).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE 2 de octubre de 2015).
- Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de desembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE 28 de desembre de 2023).
- Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2018 (BOE 13 de marzo de 2019).
- Orden HAC/265/2024, de 18 de marzo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicio 2023 (BOE 22 de marzo de 2024).

4.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio 953/2023 (ECLI:ES:TS:2023:3295).

El consentimiento digital en la era de las *cookies*: retos, perspectivas y análisis doctrinal

Sandra Francés Gutiérrez
CEU San Pablo

RESUMEN

El presente artículo, aborda uno de los temas más relevantes y cuestionados en el actual derecho digital: la regulación del consentimiento para el uso de *cookies* y su impacto en la privacidad de los usuarios. Desde un marco normativo, jurisprudencial y doctrinal, se ha analizado como las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva ePrivacy han configurado el marco jurídico aplicable, delimitando los parámetros esenciales tales como la exigencia de un consentimiento libre informado e inequívoco. Se presentan tres casos en los que se puede reflejar la evolución del consentimiento digital en la Unión Europea: la sentencia Planet49 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019), la sanción impuesta por la CNIL a Google (2020) y la resolución contra Meta/Facebook (2022).

PALABRAS CLAVE

Protección – *cookies* – Privacidad – Consentimiento – Usuarios – Aceptar – Rechazar.
Anotación sobre el concepto *Dark Patterns*¹.

1. Introducción

Un tema con una gran relevancia en el actual Derecho Digital es la aceptación de *cookies*. Esto se debe al reflejo de las tensiones presentes entre los derechos fundamentales de los usuarios y los intereses financieros de las compañías. Con el paso del tiempo, se ha ido incrementando aún más el uso de plataformas digitales, por lo que la normativa sobre la aceptación de *cookies* se ha vuelto un elemento crucial para salvaguardar la privacidad y los datos personales. El presente artículo, dará comienzo con un análisis elaborado sobre el marco normativo aplicable. Luego continuará con jurisprudencia relevante, así como las cuestiones doctrinales más debatidas en lo relativo al consentimiento digital. Se estudiarán disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos, de ahora en

1 *Dark patterns*, es el término utilizado en inglés para referirse a patrones oscuros, es decir, estrategias de diseño en interfaces digitales que buscan influir en el comportamiento de los usuarios de manera engañosa o manipulativa y suelen utilizarse en la obtención del consentimiento para el uso de *cookies*.

adelante RGPD y la Directiva ePrivacy, además de algunas de las sentencias con mayor influencia en el sector.

En último lugar, examinaremos los retos actuales en la regulación del consentimiento digital, concretamente el uso del «dark patterns¹» en los avisos de *cookies* a través de un análisis doctrinal donde se recopilarán otros aspectos importantes tales como, el impacto del consentimiento digital en la protección de los menores y las posibles estrategias regulatorias y desarrollos tecnológicos orientados a fortalecer la transparencia y el control efectivo por parte de los usuarios.

2. Marco normativo

En primer lugar, nos enfocaremos en el Reglamento de Protección de Datos (RGPD), aplicable desde mayo de 2018. El presente reglamento, es el marco de referencia en Europa en lo que respecta a la protección de datos. En lo relativo a las *cookies*, el artículo 4.11 del mismo establece que el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco. Estas condiciones conllevan a que el consentimiento no puede ser, bajo ningún concepto, implícito ni adquirido a través de casillas premarcadas; es decir que debe surgir de una acción afirmativa evidente por parte del usuario.

En cuanto al artículo 7 RGPD, establece la posibilidad de retirar el consentimiento con la misma facilidad con la que se concedió, un principio comúnmente infringido por numerosas plataformas digitales y que debe ser considerado.

En segundo orden, abordaremos la Directiva 2002/58/CE, también denominada Directiva ePrivacy, la cual complementa al RGPD en lo referente a las comunicaciones electrónicas. Su artículo 5(3) establece que el almacenamiento de información o el acceso a esta en el dispositivo de un usuario sólo está permitido si este ha otorgado su consentimiento previo, a excepción de cuando las cookies sean estrictamente necesarias para proporcionar el servicio requerido.

Dentro del marco del crecimiento constante en la digitalización y el avance del comercio electrónico, la recopilación y tratamiento de datos personales han adquirido una relevancia crucial. Si bien el marco normativo establece los principios generales, el desarrollo de este en materia de privacidad no puede comprenderse en su plenitud sin analizar casos específicos. Con el paso del tiempo, se han originado diversas interpretaciones y aplicaciones en distintos países que forman parte de la UE. Sin embargo, la aplicación de estas no ha sido homogénea debido a que distintos organismos reguladores y tribunales han interpretado de una manera específica cómo se debe interpretar el consentimiento válido en este contexto. Por esta razón, en este artículo, se examinarán tres casos clave que he considerado relevante y que reflejan, de una forma evidente, la evolución del concepto consentimiento y transparencia dentro de la protección de datos, además de los retos constantes en la implementación práctica del propio Reglamento.

Iniciaremos con la Sentencia del TJUE en el Caso Planet49 (C-673/17):

Este supuesto surgió a raíz de un litigio en Alemania sobre la validez del consentimiento obtenido mediante casillas premarcadas en la propia web de la empresa, que organizaba sorteos en línea y utilizaba *cookies*, pero con fines publicitarios y analíticos. El Bundesgerichtshof, conocido como el Tribunal Supremo Federal de Alemania remitió varias cuestiones al TJUE, solicitando su interpretación sobre el tipo de consentimiento que implicaba en el caso cumplía con los requisitos que establece el RGPD y de la Directiva ePrivacy.

El fallo del TJUE se pronunció el 1 de octubre de 2019 definiendo en su sentencia varios principios clave:

- El tribunal estableció que el consentimiento debe manifestarse de forma activa y no puede deducirse de la falta de acción del usuario. De modo que las casillas premarcadas no constituyen un consentimiento válido en cuanto a los términos del RGPD.
- Se reafirmó el deber de proporcionar información accesible y, por tanto, comprensible sobre las *cookies*, incluyendo sus finalidades, duración y destinatarios de los datos.
- Esta sentencia precisa que estas obligaciones no solo se limitan a los datos personales, sino a cualquier otro tipo de información almacenada en el dispositivo del usuario.

En consecuencia, se marcó un precedente fundamental en la regulación de las *cookies* en la UE. Esto implicó que muchas empresas y plataformas digitales tuvieran que modificar sus procedimientos de obtención de consentimiento para adaptarse a los nuevos estándares. Por supuesto, este fallo tuvo impacto en posteriores sanciones de autoridades nacionales como por ejemplo la CNIL (Comisión Nacional de Informática y Libertades) en Francia.

Sigamos con la Sanción de la CNIL a Google en 2020:

Remontándonos a diciembre de 2020, la CNIL (Agencia Francesa de Protección de Datos) impuso una multa de 100 millones de euros a Google por incumplimiento de las normas sobre *cookies* en sus servicios de Google.fr y YouTube. Los motivos en los que se basó la CNIL fueron los siguientes:

- Se instalaron *cookies* en los dispositivos de los usuarios sin que estos hubieran expresado su consentimiento de manera activa (algo crucial).
- La información proporcionada a los usuarios no explicaba en absoluto nada de forma clara el uso y la finalidad de las *cookies*.
- Y, por último, aceptar *cookies* era más fácil que rechazarlas, lo que en definitiva vulneraba el principio de equidad en la toma de decisiones.

Este caso reforzó la tendencia sancionadora de los reguladores europeos en materia de consentimiento digital. Por otro lado, también sirvió como advertencia para que otras grandes plataformas tecnológicas no incurrieran en la misma sanción. Llegado a este punto nos preguntamos ¿Qué cambio ha generado esto en las empresas? Pues bien, como resultados muchas empresas han revisado sus banners de consentimiento, asegurando que se incluyan opciones claras para rechazar *cookies* con la misma facilidad con la que se pueden aceptar.

El último caso para analizar es el caso CNIL contra Meta/Facebook (Francia, 2022):

En diciembre de 2022, la CNIL sancionó a Meta (Facebook) con 60 millones de euros por dificultar que los usuarios rechazaran las *cookies* en su plataforma. Esta empresa implementaba un sistema en el que aceptar las *cookies* era más fácil que rechazarlas al igual que hemos podido ver en uno de los casos mencionados anteriormente. Tal práctica entra en el ámbito de los llamados «dark patterns», en los que el diseño de la interfaz se orienta a inducir o manipular ciertas decisiones de los usuarios.

La CNIL determinó que:

- En la interfaz del *banner* de *cookies*, los usuarios podían aceptar todas las *cookies* con un solo clic. Por el contrario, para rechazarlas tenían que realizar varios pasos adicionales.
- No existía un botón directo para rechazar todo, sino que los usuarios debían navegar a través de configuraciones adicionales.
- Además, al tener una opción de rechazo en capas adicionales de configuración, el sistema incentivaba el consentimiento sin que este fuera completamente voluntario.

Las normativas principales en las que se basó fueron el artículo 82 de la Ley de Protección de Datos francesa, la cual incluye la directa ePrivacy. Esta obliga a las empresas a obtener un consentimiento libre e informado antes de depositar *cookies* en el dispositivo del usuario. Asimismo, también se aplicó el Reglamento General de Protección de datos donde se hace referencia a los artículos 4.11 y 7 del mencionado reglamento y que exige que cualquier consentimiento para el tratamiento de datos sea libre, específico, informado e inequívoco. En este supuesto Meta no cumple con estos requisitos ya que el consentimiento no era completamente libre como hemos señalado con el diseño de la interfaz y porque no era inequívoco ya que el proceso de rechazo era innecesariamente complicado.

Tras exponer tres casos relevantes en la materia vamos a realizar una comparación para ver la evolución con los años:

Aspecto	Planet49 (TJUE,2019)	CNIL vs Google (2020)	CNIL vs Meta/Facebook (2022)
Consentimiento activo	Requerido	Requerido	Requerido
Casillas premarcadas	No válidas	No válidas	No válidas
Información clara	Obligatoria	Obligatoria	Obligatoria
Opción de rechazo fácil	No tratado	No cumplido	Obligatoria
«Dark patterns».	No tratado	No tratado	Prohibidos
Sanción económica	No hubo multa	100 millones de euros	60 millones de euros

Como podemos apreciar en la tabla, la evolución de la normativa sobre *cookies* en la UE refleja un claro endurecimiento progresivo de los requisitos de consentimiento.

En el primer caso, se sentaron las bases de la necesidad de una manifestación activa de voluntad. Posteriormente, con la sanción de Google se reforzó el principio de transparencia y se introdujo la importancia de la equidad en el diseño de los «banners». Finalmente, el caso de Meta evidenció la prohibición de los «dark patterns» y la exigencia de igualdad entre las opciones de aceptar y rechazar *cookies*. Esto supone un nuevo hito en la protección de la privacidad digital, fortaleciendo el derecho de los usuarios a controlar su información y evitando que sean manipulados por prácticas engañosas.

Podemos concluir, que la evolución normativa en la UE ha ido progresando y a su vez consolidando el concepto de un consentimiento efectivo y bien informado, si bien persisten desafíos relevantes. La constante evolución de la tecnología, en particular la inteligencia artificial y el *big data*, así como los modelos de negocios basados en publicidad personalizada, señalan la necesidad de un continuo ajuste regulatorio para evitar vacíos legales.

Mi visión es que la normativa seguirá evolucionando con tres grandes tendencias destinadas a garantizar que los usuarios tengamos una verdadera elección sobre el tratamiento de sus datos personales. En particular, uno de los cambios más esperados en la regulación de la privacidad digital es la prohibición implícita de los «dark patterns» en la obtención del consentimiento. Actualmente, el RGPD no menciona expresamente los diseños, pero la práctica reciente de las autoridades de control ha dejado claro que se consideran contrarios al consentimiento libre. Como respuesta, la UE está trabajando en la Ley de Servicios Digitales «Digital Services Act, DSA» la cual prevé medidas específicas para impedir diseños de interfaz que manipulen las decisiones de los usuarios, exigiendo:

- Diseños que manipulan la toma de decisiones, es decir cualquier tipo de interfaz que pueda inducir a aceptar las *cookies* sin una elección equitativa.
- Configuraciones predeterminadas opacas, es decir que se exige que ambas opciones tanto rechazo como aceptación sean igual de visibles y accesibles.
- Procesos de consentimiento más claros y rápidos, lo que se pretende es impulsar un modelo en el que los usuarios puedan cambiar sus preferencias sin navegar por múltiples capas de configuración.

En definitiva, esto supondrá una mayor homogeneización en la aplicación del consentimiento en toda la UE, evitando que las empresas utilicen estrategias de diseño engañosas para aumentar la recopilación de datos.

Otra evolución clave será la transformación de la directiva ePrivacy en el Reglamento ePrivacy, que tendrá aplicación directa y uniforme en todos los Estados miembros, sin necesidad de transposición nacional, lo que favorecerá la armonización. Este aún se encuentra en debate en el Consejo de la UE, pero introducirá nuevas disposiciones para:

- Eliminar la sobrecarga de banners de *cookies*. Se estudia un sistema que permita a los usuarios centralizar sus preferencias sobre *cookies* y otros rastreadores a través

de la configuración del navegador o de herramientas similares, evitando tener que gestionar consentimientos en cada sitio web.

- Refuerzo del consentimiento informado. Se incide en la claridad de la información y en la simplicidad de las opciones para rechazar o aceptar *cookies*.
- Protección especial de los menores. Se pretende aumentar las garantías para impedir la recopilación abusiva de datos de niños y adolescentes, considerando su especial vulnerabilidad en el entorno digital.

3. Análisis doctrinal

En la coyuntura actual del Derecho de Protección de Datos y de los Derechos digitales, el consentimiento para el uso de *cookies* se ha convertido en un elemento crucial del debate jurídico. Esta importancia radica en el frágil balance entre la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios y las necesidades de tratamiento de datos de los proveedores de servicios digitales. El RGPD, junto con la Directiva ePrivacy, ha fortalecido la exigencia de que el consentimiento sea libre, específico, informado e inequívoco, una demanda que, sin embargo, sigue enfrentando varios desafíos en su aplicación práctica.

La doctrina ha abordado con particular atención el rol que desempeña la transparencia en la formación de un sólido consentimiento digital. El catedrático José Luis Piñar Mañas, profesor de la Universidad Ceu San Pablo, ha resaltado que la claridad y el control de los usuarios sobre las *cookies* son fundamentos indispensables para que el consentimiento refleje una manifestación de voluntad genuina, donde no existan prácticas ambiguas o suposiciones de aceptación tácita. Para Piñar Mañas, todo sistema de recolección de consentimiento debe garantizar que el usuario comprenda las finalidades del tratamiento de sus datos y disponer de un mecanismo real para rechazar o anular ese consentimiento, sin que esto genere obstáculos adicionales.

En la misma línea, la profesora Gloria González Fuster ha reiterado e insistido que el consentimiento digital va más allá de un mero requisito formal, sino que representa un medio por el que los usuarios ejercen su derecho a la autodeterminación en materia de información. En su estudio, el núcleo de este derecho radica en la posibilidad de decidir de forma consciente, cómo y para qué fines se tratan los datos personales. De no cumplirse con las garantías adecuadas, el consentimiento pierde su razón de ser y se convierte en una simple formalidad técnica. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, particularmente en el caso Planet49 ya analizado anteriormente, corrobora esta visión al insistir en la necesidad de un acto afirmativo y revocable por parte del interesado.

Pese a estos avances doctrinales y jurisprudenciales, el panorama normativo en la Unión Europea presenta claras tensiones y disparidades a la hora de trasladar estos principios a la realidad. Diversas autoridades de Protección de Datos van seguridad de la existencia de un fenómeno cada vez más extendido coma y ya anteriormente retratado los denominados «dark patterns». De acuerdo con la Comisión Europea, tales prácticas, que pueden incluir menús poco intuitivos, un uso estratégico de colores o la ocultación

de botones de rechazo, resultan contrarias al espíritu de transparencia que persigue la legislación europea y han propiciado la imposición de sanciones a grandes compañías tecnológicas.

Asimismo, la fragmentación normativa constituyó todos los problemas que ralentizan la efectiva armonización en la Protección de Datos. Aunque el RGPD ha supuesto un paso significativo hacia la unificación de criterios, la Directiva ePrivacy todavía admite interpretaciones diversas por parte de cada Estado miembro, lo que genera incertidumbre para las empresas que operan en múltiples jurisdicciones y dificulta la tutela uniforme de los derechos de los usuarios. Por lo que, la conversión de la Directiva ePrivacy en un futuro reglamento, actualmente en fase de discusión, podría contribuir a paliar estas diferencias y facilitar la aplicación de un marco común más sólido.

Por otro lado, otra cuestión planteada anteriormente y objeto de análisis a continuación es la rápida evolución tecnológica, puesto que plantea retos adicionales que van más allá de la mera cuestión de las *cookies* tradicionales. Hoy en día proliferan métodos de rastreo más sofisticados, como la identificación por huella digital «device fingerprinting», que, según informes del Future of Privacy Forum y del World Economic Forum, funcionan al margen de los mecanismos de consentimiento habituales. Ante dicha situación, los talleres de control se van a obligar a actualizar constantemente sus directrices para abarcar de manera efectiva todas las variantes de seguimiento en línea.

Otra cuestión muy importante, que no quiero dejar sin analizar, es la protección de los menores de edad en este escenario. EL RGPD, en su artículo 8, establece que los menores de 16 años (o de la edad fijada por cada Estado miembro, siempre dentro de los márgenes establecidos) requieren de la autorización de sus padres o tutores para que su consentimiento sea válido. Sin embargo, la verificación de la edad y la comprensión real de los avisos de *cookies* por parte de niños y adolescentes siguen siendo cuestiones pendientes. Investigaciones como la realizada por la London School of Economics en 2019 muestran que los menores difícilmente leen, y menos aún comprenden, las políticas de privacidad y los avisos de *cookies*. Teniendo en cuenta que puede llegar a ser difícil para un adulto en su sano juicio, para un menor aún más. Además, la situación se complica cuando se emplean «dark patterns» específicamente dirigidos a este segmento de la población, manipulando su voluntad mediante diseños atractivos o mensajes poco claros.

En busca de soluciones, se han propuesto diversas iniciativas regulatorias y tecnológicas. Algunas plataformas, por ejemplo, exploran modelos de consentimiento centralizado que están basados en la configuración del navegador o en sistemas operativos, de modo que se permite establecer de antemano preferencias generales sobre *cookies*. En cuanto a la protección de los menores, la discusión gira en torno a mecanismos de verificación de edad que no impliquen recabar más datos personales de los estrictamente necesarios, o la adopción de un enfoque de privacidad por diseño, que limite de manera predeterminada el uso de rastreadores en sitios dirigidos a niños y adolescentes. Un ejemplo de ello es el Age Appropriate Design Code del Reino Unido que ilustra cómo pueden establecerse requisitos más estrictos de transparencia y respeto a la edad del usuario, aunque su implementación efectiva depende tanto de la voluntad de las plataformas como de la capacidad de supervisión de las autoridades competentes.

4. Conclusión

La creciente importancia del consentimiento digital en la era de las *cookies* pone de relieve la tensión entre el legítimo interés económico de las empresas y la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de los usuarios. Las sentencias recientes de las sanciones impuestas por las autoridades de Protección de Datos evidencian los requisitos más estrictos identificados, como transparencia y equidad, reforzando la prohibición de «dark patterns». En este contexto, la inminente conversión de la Directiva ePrivacy en reglamento y las disposiciones del Digital Service Act prometen una armonización más sólida y la instauración de mecanismos que protejan de una manera más especial a los colectivos más vulnerables. No obstante, la rápida evolución de las tecnologías de rastreo y el uso intensivo de la analítica de datos exigen una actualización continua de las normas y una vigilancia coordinada que involucre a todas las partes, ya sea legislador, empresa o sociedad civil, para garantizar que el consentimiento no se convierta en una mera formalidad, sino en un verdadero instrumento de defensa de la privacidad.

5. Bibliografía

5.1. Obras doctrinales

- GONZALEZ GIL, E.**, *El interés legítimo en el tratamiento de datos personales*, Editorial La Ley, Madrid, 2022.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.**, *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Editorial Reus, Madrid, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.**, *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, 1.^a ed., Editorial Reus, Madrid, 2014.
- RECIO GAYO, M.**, *El delegado de protección de datos*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pp. 367-388.

5.2. Legislación

- 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 (RGPD).
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la privacidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (ePrivacy).
- Reglamento ePrivacy (pendiente de aprobación).

5.3. Jurisprudencia

- Sentencia del TJUE, de 1 de octubre de 2019, asunto Planet49 (C-673/17).
- Decisión de la CNIL, de 7 de diciembre de 2020, contra Google LLC.
- Resolución de 6 de enero de 2022, n.º SAN-2022-001, CNIL vs. Meta/Facebook

5.4. Informes y documentos oficiales

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), *Guía sobre el uso de cookies*, julio de 2023.

COMISIÓN EUROPEA, *Shaping Europe's Digital Future*, febrero de 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Opinion 4/2021 on the «Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications»*, marzo de 2021.

5.5. Artículos y fuentes digitales

ADARSUS, «¿Qué es el reglamento ePrivacy y dónde se aplica?».

<https://www.adarsus.com/e-privacy-directiva-normativa-reglamento/>

CADENA SER, «Poco más del 1 % de las denuncias presentadas en las agencias de protección de datos europeas acaban en multa», 2 de febrero de 2025.

<https://cadenaser.com/nacional/2025/02/02/poco-mas-del-1-de-las-denuncias-presentadas-en-las-agencias-de-proteccion-de-datos-europeas-acaban-en-multa-cadena-ser/>

CINCO DÍAS, «Privacidad: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos?», 29 de enero de 2025.

<https://cincodias.elpais.com/legal/2025-01-29/privacidad-donde-estamos-y-hacia-donde-vamos.html>

CONFILLEGAL, «La aprobación del Reglamento 'ePrivacy' reabre el debate sobre su idoneidad y posibles choques con el RGPD», 8 de mayo de 2021.

<https://confilegal.com/20210508-la-aprobacion-del-reglamento-eprivacy-reabre-el-debate-sobre-su-idoneidad-y-posibles-choques-con-el-rgpd/>

USERCENTRICS, «Todo lo que necesita saber sobre la Directiva ePrivacy».

<https://usercentrics.com/es/knowledge-hub/eprivacy-toda-la-informacion/>

SECCIÓN II. JURISPRUDENCIA

La doctrina Saquetti: un análisis jurisprudencial a propósito de la STS 6321/2024

Ángela Ortiz Martínez

2.º de Máster Universitario de Acceso a la Abogacía y la Procura, Universidad de Deusto

RESUMEN

En el presente artículo analizaremos la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 6321/2024 de 12 de diciembre (la «STS 6321/2024») dictada en relación con la doctrina Saquetti. Esta doctrina, originada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aborda el derecho a la doble instancia judicial en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Actualmente el artículo 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (la «LJCA») limita el acceso al recurso de apelación en función de la cuantía del litigio, lo que plantea interrogantes sobre la tutela judicial efectiva en supuestos de menor cuantía. El Tribunal Constitucional mantiene que el sistema de recursos es adecuado, aunque el TEDH viene señalado desde hace varios años las deficiencias de la normativa española.

El Tribunal Supremo, a través de diversas sentencias, ha intentado equilibrar la naturaleza del recurso de casación con la necesidad de examinar las particularidades de cada caso, pero la falta de una reforma legislativa que suprima el límite cuantitativo para el acceso a la segunda instancia judicial en materia sancionadora obliga a los profesionales del derecho a recurrir a argumentos casacionales complejos.

PALABRAS CLAVE

Doctrina Saquetti - Doble instancia judicial - Recurso de casación - Sanciones administrativas - Tutela judicial efectiva.

1. Introducción

El pasado 12 de diciembre de 2024 el Tribunal Supremo dictó la Sentencia 6321/2024 (la «STS 6321/2024»). Esta es tan solo la última de una serie de resoluciones dictadas durante los últimos meses en relación con la doctrina Saquetti, entre las que destacan, por su cercanía en el tiempo, la 1703/2024 de 5 de abril¹, las 4905/2024 y 4906/2024 de

1 Sentencia 1703/2024 de 5 de abril del Tribunal Supremo (rec. de casación 2745/2022).

30 de septiembre² y la 4904/2024 de 27 de septiembre³. En ellas, el Tribunal Supremo no solo mantiene su función tradicional de unificación de doctrina, sino que también asume un nuevo papel como tribunal de segunda instancia.

Este incremento de sentencias casacionales exige desgranar las implicaciones que las decisiones del Tribunal Supremo tienen en el acceso material a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. Porque lo cierto es que, cuatro años y medio más tarde, el fallo del Tribunal de Estrasburgo en el asunto Saquetti Iglesias contra España sigue poniendo de manifiesto las deficiencias de la normativa procesal española, que no garantiza el derecho a una segunda instancia judicial en materia administrativa sancionadora. A pesar de su trascendencia e implicaciones, es preocupante que el legislativo aún no haya tomado medidas para abordar esta cuestión.

La STS 6321/2024 ha entrado a examinar la revisión de sentencias dictadas por los Juzgados, uno de los vértices de este asunto que más problemas genera por su enorme casuística. La normativa actual permite recurrir sentencias de los Juzgados solo si el valor del litigio supera los 30.000 euros. Entonces ¿qué ocurre con los casos de menor cuantía pero de relativa gravedad? Esta cuestión será objeto de análisis a lo largo del presente artículo, en el que exploraremos la doctrina Saquetti y la mentada sentencia.

2. La doctrina Saquetti: un antes y un después

La doctrina Saquetti, establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el «TEDH») en su sentencia de 30 de junio de 2020 en el asunto Saquetti Iglesias contra España, marca un hito significativo en la interpretación del derecho a la doble instancia judicial en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional venía manteniendo que el sistema de recursos judiciales, aun formando parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, descansa en la concreta configuración contenida en la ley procesal para cada orden jurisdiccional, con la única excepción del procesal penal —en el que existe un doble grado de jurisdicción—. En esta línea destacan sentencias como la 37/1995 de 7 de febrero⁴ o la 1497/2015 de 6 de julio⁵.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en su sentencia 89/1995 de 6 de junio de 1995⁶ ya señalaba que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al derecho

-
- 2 Sentencia 4905/2024 de 30 de septiembre del Tribunal Supremo (rec. de casación 3105/2022); Sentencia 4906/2024 de 30 de septiembre del Tribunal Supremo (rec. de casación 3077/2022).
 - 3 Sentencia 4904/2024 de 27 de septiembre, (rec. de casación 3076/2022).
 - 4 Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1995, de 7 de febrero.
 - 5 Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2015, de 6 de julio.
 - 6 Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1995, de 6 de junio.

administrativo sancionador, aunque con matices. Y uno de estos matices es, precisamente, la doble instancia. Así, mientras en el orden penal la revisión por un tribunal superior es un derecho fundamental, no ocurre lo mismo en el Contencioso-Administrativo.

Pues bien, esta jurisprudencia ha sido superada a raíz de la sentencia del TEDH Saquetti Iglesias contra España, de 30 junio 2020.

La doctrina Saquetti se fundamenta en una interpretación extensiva del artículo 2 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el «CDHLF») que consagra el derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal a que su condena sea examinada por un tribunal superior.

Destaca que la aplicación del CDHLF no puede depender de la forma en que cada Estado califica las conductas infractoras —administrativas o penales—, ya que implicaría dejar en manos de los Estados la correcta aplicación del precepto convencional. Por tanto, el TEDH ensancha la aplicación del Protocolo a ciertas sanciones administrativas que, por su naturaleza y gravedad, pueden equipararse a las penales.

En el asunto Saquetti Iglesias contra España, el TEDH examinó la configuración del recurso de casación Contencioso-Administrativo español, centrándose específicamente en el umbral económico que limitaba el acceso al mismo. El tribunal evaluó si esta restricción cuantitativa vulneraba el derecho a un reexamen jurisdiccional garantizado por el CDHLF; en efecto, estimó vulnerado el citado derecho.

El TEDH consideró asimismo que, para reputar penal o administrativa una infracción y su consiguiente sanción, hay que examinar la concurrencia de los «criterios Engel»⁷ recogidos en la sentencia de 8 de junio de 1976 dictada por el propio TEDH en el caso Engel y otros contra Países Bajos⁸. El carácter penal de una sanción administrativa dependería, según esta sentencia, (i) de la clasificación interna de la disposición, (ii) de la naturaleza de la infracción y (iii) de la gravedad de la sanción que le corresponde.

Considerando estos criterios, el TEDH concluyó que la inadmisión del recurso de casación basada únicamente en que la cuantía de la sanción no alcanzaba el umbral mínimo requerido por la norma constituía una violación del derecho consagrado en el artículo 2 del Protocolo 7 del CDHLF.

La sentencia del TEDH puso de manifiesto la necesidad de garantizar una revisión efectiva por un tribunal superior en casos de sanciones administrativas graves, incluso cuando éstas no estén clasificadas como penales en el ordenamiento jurídico nacional y no tengan, *ex lege*, acceso a una segunda instancia judicial.

7 Los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos, aunque se puede adoptar un enfoque acumulativo cuando el análisis individual de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara sobre la existencia de una acusación penal.

8 Sentencia del TEDH 5100/71 de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros contra Países Bajos.

El Tribunal Constitucional entiende que esta garantía puede hacerse efectiva mediante la interposición de recurso de casación⁹, «para cuya admisión habrá de valorarse si en el escrito de preparación se justifica la naturaleza penal de la infracción que ha sido objeto de sanción en los términos establecidos por el TEDH y el fundamento de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida al confirmar la resolución administrativa sancionadora». Así lo expresa en la sentencia 71/2022, de 13 de junio¹⁰, en su Fundamento Jurídico 6.º que bebe, fundamentalmente, de las sentencias 1375/2021 y 1376/2021, ambas de 25 de noviembre¹¹ y de la sentencia 1531/2021 de 20 diciembre del Tribunal Supremo.

Conviene examinar sucintamente el contenido de estas dos sentencias de 25 de noviembre de 2021, ya que su análisis arroja luz sobre el estado actual de la cuestión. «Para evitar equívocos» la Sala distingue entre «doble instancia» y «reexamen» de la declaración de culpabilidad. Destaca que el CDHFL no menciona explícitamente un derecho a la doble instancia, correspondiendo al legislativo nacional determinar los mecanismos para llevar a cabo dicha revisión, que no tiene por qué ser exhaustiva.

Lo cierto es que el reexamen de la resolución sancionadora por parte del Tribunal Supremo choca frontalmente con la naturaleza del recurso de casación, que exige acreditar la existencia de interés casacional¹² más allá del interés particular del recurrente. Para salvar el escollo, acierta al indicar que los motivos de interés casacional no son tasados, de modo que se abre a analizar, caso por caso, la concurrencia de los mismos.

Con estos mimbres, un sector de la doctrina¹³ considera que la sentencia de 30 de junio de 2020 tiene que impulsar la reforma de un sistema judicial Contencioso-Administrativo obsoleto. Otro sector¹⁴ considera que la exclusión de criterios objetivos que

9 La misma sentencia apunta que este derecho garantizado por el CDHFL «también se satisface con una decisión de inadmisión (del recurso de casación), por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente.»

10 Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2022 de 13 de junio, Fundamento Jurídico Sexto.

11 Sentencia del Tribunal Supremo 1375/2021 de 25 de noviembre (rec. casación 8156/2020); Sentencia del Tribunal Supremo 1376/2021 de 25 de noviembre (rec. casación 8158/2020).

12 Esto implica la necesidad de que se susciten cuestiones de naturaleza sustantiva o procesal rechazadas por el Tribunal que dictó la sentencia objeto de casación respecto de las que no exista jurisprudencia.

13 Vid. SOLDEVILLA FRAGOSO, S. «Regreso al futuro de la doctrina Saquetti del TEDH». *Actualidad administrativa*, n.º 9, 2022.

Vid. LOZANO CUTANDA, B. «La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, pp. 181-207. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.08>.

Vid. COBREROS MENDAZONA, E. El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 118, 2020, pp. 17-48.

14 Vid. NAVARRO SANCHÍS, F. J. «¿Devolvemos las sanciones a los jueces? A propósito de la sentencia Saquetti Iglesias». *Fiscalblog*, 2021. Disponible en enlace. Última consulta el 6 de febrero de 2025.

limiten los recursos a sanciones administrativas de menor entidad ralentiza el ya de por sí parsimonioso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

3. La sentencia 6321/2024: luz verde al límite cuantitativo del artículo 81.1 a) LJCA en sanciones administrativas

Como se ha venido adelantando, la controversia del asunto surgió como consecuencia de la inadmisión del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo.

La recurrente planteó la posible inconstitucionalidad del artículo 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la «LJCA») en la medida en que puede resultar incompatible con el artículo 24.2 de la Constitución Española («CE») a la vista de la doctrina del TEDH. La norma en cuestión fija un límite absoluto y automático para la admisión de recurso de apelación (30.000 euros), en lugar de permitir al juzgador admitir el recurso de apelación en función de un juicio valorativo¹⁵ que pondere las circunstancias del recurrente.

La Abogacía del Estado sostuvo, en sede de la Audiencia Nacional, que no es procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad ya que no existe constitucionalmente un derecho a la doble instancia¹⁶ en lo Contencioso-Administrativo¹⁷. Esta es la doctrina que se venía manteniendo en numerosas sentencias previas a la doctrina Saquetti¹⁸.

Además, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional establece que en el proceso Contencioso-Administrativo no se ejerce el ius puniendi del Estado, sino que se revisa la legalidad de las sanciones impuestas por la Administración. Esto implica que no son los tribunales los que «condenan» *per se*. Así, la vulneración del artículo 25.1 CE debe ser atribuida a la autoridad administrativa sancionadora y no al órgano judicial.

Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M. «La doble instancia en la impugnación jurisdiccional de las sanciones administrativas (Una mirada oblicua a la sentencia del TEDH Saquetti c. España)», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 35, 2021, p. 10.

- 15 Sobre la dificultad de establecer un sistema de recursos contencioso-administrativo basado en la doctrina Saquetti. *vid.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* p. 20.
- 16 BOUAZZA ARIÑO, O. «La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de sanción y su incidencia en la casación contencioso-administrativa» en REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS, T. CANO CAMPOS (Dirs.), *Anuario de derecho administrativo sancionador*, Primera edición, Thomson Reuters Civitas, 2022, p. 321.
- 17 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1995 de 6 de junio de 1995.
- 18 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2011 de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 5; Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012 de 2 de julio, Fundamento Jurídico 7.

Por último, el artículo 81.1 a) de la LJCA se aplica no solo a los actos administrativos sancionadores, sino a todo acto administrativo. Por tanto, la única duda que podría surgir sería de carácter interpretativo, en el sentido de precisar si es adecuado aplicar este artículo en casos en que el acto administrativo en cuestión es de naturaleza sancionadora.

Vista la cuestión de constitucionalidad del artículo 81.1 a) de la LJCA, es necesario plantearse si este artículo es contrario al CDHLF mediante el denominado «control de convencionalidad». Esto es, plantearse si procede la aplicación directa del CDHLF.

El Tribunal Supremo considera, en línea con sentencias como la 102/2016 de 25 de mayo¹⁹, 116/2016 de 20 de junio²⁰, 127/2016 de 7 de julio²¹ y 140/2018 de 20 de diciembre²² del Tribunal Constitucional, que lo que procede es decidir, en cada supuesto concreto, la posibilidad de no aplicar el artículo 81.1.a). En este sentido, la existencia de lo que curiosamente denominan un «desajuste» entre un CDHLF internacional y una norma interna de rango legal no implica la invalidación de esta última, sino su mera inaplicación en el caso concreto. Esto significa que hay que determinar cuál norma es aplicable en cada situación específica, labor que corresponde al juez ordinario.

¿Procede entonces aplicar el artículo 81.1.a) en el supuesto de autos a la luz del CDHLF? En opinión del demandante, nada impide que la sanción administrativa impuesta sea considerada como penal y que, por lo tanto, se apliquen las salvaguardias del proceso penal. El Tribunal Supremo recuerda entonces en la sentencia que la evaluación²³ de la aplicación del artículo 6²⁴ del CDHLF debe basarse en los tres conocidos «criterios Engel²⁵». De cumplirse, habría que concluir que el artículo 2 del Protocolo n.º 7 es de aplicación en el caso, y no el 81.1.a) de la LJCA.

Con todo ello el Tribunal Supremo procede a analizar el caso a la luz de las ya mencionadas sentencias de 25 de noviembre de 2021 y la de 20 de diciembre de 2021²⁶.

De acuerdo con los razonamientos contenidos en las mismas, el análisis de la exigencia de revisión de una sentencia que confirma una resolución administrativa sancio-

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016 de 25 de mayo.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2016 de 20 de junio.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2016 de 7 de julio.

22 Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 de 20 de diciembre.

23 *Vid.* Sentencia del TEDH 41661/98 de 27 de junio de 2002, asunto Butler contra Reino Unido; Sentencia del TEDH 43862/98 de 11 de enero de 2001, asunto Inocencio contra Portugal; Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos 7007/01 de 21 de marzo de 2006, asunto Valico S.r.l. contra Italia (déc.).

24 **BOUZZA ARIÑO, O.**, *op. cit.*, p. 321.

25 En la Sentencia del TEDH 9912/82 de 25 de agosto de 1987, asunto Lutz contra Alemania, con reproducción expresa de la sentencia del asunto Engel, el TEDH dice expresamente que los criterios Engel segundo y tercero son alternativos, no acumulativos; esto es, bastaría con que la infracción cuestionada fuera por su propia naturaleza criminal en el sentido de la CDHLF.

26 Sentencia del Tribunal Supremo 1531/2021 de 20 de diciembre (rec. casación 8159/2020).

nadora por un tribunal superior —en este caso, la Audiencia Nacional—, puede llevarse a cabo mediante la interposición de un recurso de casación. Admitido el recurso, efectivamente la cuestión que reviste interés casacional objetivo se centra en determinar si se cumplen los requisitos para considerar que la sanción impuesta a la recurrente tiene naturaleza penal conforme a los criterios establecidos por el TEDH.

Delimitada en estos estrictos términos la controversia casacional, la Sala considera que la sentencia de la Audiencia Nacional impugnada no ha infringido los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 7 del CDHLF tal como ha sido interpretado por el TEDH. La Sala sostiene que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo debía, en efecto, inadmitirse, ya que la sanción no puede calificarse de grave ni de asimilable a las sanciones administrativas de naturaleza penal: por su cuantía, no tiene efectos significativos sobre la actividad de la empresa sancionada.

Es decir, la Sala considera que la regulación procesal contenida en el artículo 81.1.a) LJCA excluye del recurso de apelación el enjuiciamiento de sanciones administrativas cuya cuantía no exceda de 30.000 euros precisamente porque, atendiendo al importe de estas sanciones, no pueden asimilarse a sanciones de naturaleza penal.

En este sentido, el Tribunal Supremo sigue entendiendo que, circunstancias objetivas como la cuantía de las sanciones, permiten, por una cuestión de eficacia judicial, poner coto al sistema de recursos jurisdiccionales.

4. Conclusiones

En la actualidad existe gran cantidad de asuntos que se resuelven en única instancia sin posibilidad de interponer recurso ordinario. En consecuencia, parece lógico generalizar el recurso de apelación, al menos en el ámbito sancionador, que no es otra cosa que la materialización del *ius puniendi* del Estado. A la espera de que una reforma legislativa se materialice, la jurisprudencia casacional del Tribunal Supremo —desde las sentencias de 25 de noviembre de 2021 hasta la del 12 de diciembre de 2024— va dando pistas en relación con la correcta preparación del recurso de casación.

El Tribunal Supremo está mostrando mayor disposición a actuar como una segunda instancia judicial para revisar la pertinencia de las sanciones y las pruebas que las fundamentan, pero la infinitud de supuestos que pueden darse en la realidad hace que la concreción de los criterios Engel siga siendo demasiado imprecisa²⁷.

Visto que en 2025 la reforma ni está, ni se le espera, la única alternativa viable es buscar un equilibrio entre la naturaleza del recurso de casación y el examen de las par-

27 Vid. Sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2006, asunto Jussila contra Finlandia.

ticularidades de cada caso —que pivota sobre la evaluación de la culpabilidad—, lo que resulta complicado de abordar si se excluyen las cuestiones de hecho.

Por consiguiente, al preparar los escritos para los recursos de casación, lo esencial no es tanto invocar la doctrina Saquetti —que también— sino enfocarse en argumentar, en su nombre, las infracciones jurídicas concretas que se le atribuyen a la sentencia impugnada en relación con la valoración de la penalidad de la falta presuntamente cometida por el recurrente (por ejemplo, la gravedad de la sanción)²⁸. El abogado, en defensa de su cliente, no puede hacer otra cosa más que intentar que el recurso de casación sirva efectivamente como un instrumento para la revisión de la decisión judicial.

En este contexto, la STS 6321/2024 ahonda en dos cuestiones fundamentales: el derecho al reexamen judicial y la claridad en la definición cuantitativa de las sanciones administrativo-penales vistas en sentencias dictadas por Juzgados —contra las que cabe recurso de apelación sólo si superan el umbral de los 30.000 euros— del artículo 81.1.a) LJCA. La sentencia deja meridianamente claro que (i) el control de convencionalidad es la única vía para no aplicar la norma procesal interna en favor del reexamen en estos supuestos —visto que la cuestión de inconstitucionalidad no prosperaría²⁹—, y que (ii) entiende que el límite cuantitativo del 81.1.a) es necesario por eficacia judicial.

En otras palabras, la STS 6321/2024 esclarece, de forma objetiva y en línea con sus predecesoras, que cuando los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo conocen de recursos de apelación en materia de sanciones administrativas, no vulneran las garantías establecidas en el CDHLF si resuelven inadmitir el recurso interpuesto contra sentencias dictadas en asuntos que conciernen a la imposición por la Administración de sanciones de multa que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, no revisten la gravedad requerida para ser asimiladas a una sanción de naturaleza penal —lo que suele descansar en el propio límite cuantitativo de los 30.000 euros—.

A pesar de la valoración del Tribunal Supremo, el legislador debe afrontar una reforma del sistema suprimiendo el límite cuantitativo en materia sancionadora para el acceso al recurso judicial. Esto evitaría que los profesionales del derecho tengan que recurrir a argumentos casacionales complejos y arriesgados.

La razón es que la tendencia a admitir el recurso de casación no garantiza la estimación de las reclamaciones de fondo en cada caso particular. Solo implica que el Tribunal Supremo está dispuesto a examinar con mayor frecuencia si, en cada situación específica, nos encontramos ante una sanción de naturaleza penal y si procede reexaminar el asunto, lo que dilata más aún si cabe el proceso.

28 DE FRANCISCO GARRIDO, R. «El Tribunal Supremo acoge la doctrina Saquetti del TEDH», *elEconomista: Buen Gobierno Iuris&lex y RSC*, n.º 83, 2024, pp. 20-21. Disponible en el siguiente enlace. Última consulta el 6 de febrero de 2025.

29 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1995, de 6 de junio.

5. Bibliografía

5.1. Doctrina

- BELTRÁN DE FELIPE, M.** «La doble instancia en la impugnación jurisdiccional de las sanciones administrativas (Una mirada oblicua a la sentencia del TEDH Saquetti c. España)», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 35, 2021, pp. 10.
- BOUAZZA ARIÑO, O.** «La recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de sanción y su incidencia en la casación contencioso-administrativa» en **REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS, T. CANO CAMPOS** (Dirs.), *Anuario de derecho administrativo sancionador*, Primera edición, Thomson Reuters Civitas, 2022, p. 321.
- COBREROS MENDAZONA, E.** «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional». *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 118, 2020, pp. 17-48.
- DE FRANCISCO GARRIDO, R.** «El Tribunal Supremo acoge la doctrina Saquetti del TEDH», *elEconomista: Buen Gobierno juris&lex y RSC*, n.º 83, 2024, pp. 20-21. Última consulta el 6 de febrero de 2025. Disponible en: <https://garrido.es/el-tribunal-supremo-acoge-la-doctrina-saquetti-del-tedh-articulo-raul-de-francisco-el-economista/>
- LOZANO CUTANDA, B.** «La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas». *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, pp. 181-207. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.08>.
- NAVARRO SANCHÍS, F. J.** «¿Devolvemos las sanciones a los jueces? A propósito de la sentencia Saquetti Iglesias». *Fiscalblog*, 2021. Última consulta el 6 de febrero de 2025. Disponible en: <https://fiscalblog.es/devolvemos-las-sanciones-a-los-jueces-a-proposito-de-la-sentencia-saquetti-iglesias/>
- SEGURA GRAU, J. M.** «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la doble instancia en el ámbito administrativo sancionador», en *El Derecho*, 2022. Última consulta el 6 de febrero de 2025. Disponible en: <https://elderecho.com/doble-instancia-ambito-administrativo-sancionador-tribunal-supremo>
- SOLDEVILLA FRAGOSO, S.** «Regreso al futuro de la doctrina Saquetti del TEDH». *Actualidad administrativa*, n. 9, 2022.

5.2. Legislación

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa («BOE» núm. 167, de 14/07/1998).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos («BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570).

5.3. Jurisprudencia

5.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976 (Asunto Engel y otros contra Países Bajos).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de agosto de 1987 (asunto Lutz contra Alemania).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de enero de 2001 (Asunto Inocencio contra Portugal).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de junio de 2002 (Asunto Butler contra Reino Unido).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de marzo de 2006 (asunto Valico S.r.l. contra Italia déc.).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2006 (Asunto Jussila contra Finlandia).

5.3.2. Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de febrero 37/1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio 89/1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre 145/2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio 145/2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de julio 149/2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo 102/2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio 116/2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio 127/2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre 140/2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de junio 71/2022.

5.3.3. Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo 1375/2021 de 25 de noviembre (rec. casación 8156/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1376/2021, de 25 de noviembre (rec. casación 8158/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1531/2021 de 20 de diciembre (rec. casación 8159/2020).

- Sentencia del Tribunal Supremo 1703/2024, de 5 de abril (rec. de casación 2745/2022).
- Sentencia del Tribunal Supremo 4904/2024 de 27 de septiembre (rec. de casación 3076/2022).
- Sentencia del Tribunal Supremo 4905/2024, de 30 de septiembre (rec. de casación 3105/2022).
- Sentencia del Tribunal Supremo 4906/2024 de 30 de septiembre (rec. de casación 3077/2022).

Superliga, FIFA, UEFA y arbitraje ante el TAS. Comentario a la sentencia 69/2024, de 24 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil n.º 17 de Madrid

Pedro Miguel Mata Chacín

Doble Máster en Acceso a la Abogacía y Abogacía Internacional, Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La reciente disputa de la Superliga contra FIFA y UEFA ha tenido una incidencia deportiva y jurídico-económica notoria en el mundo del fútbol. En el presente artículo se examina la sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 17 de Madrid que ha resuelto sobre aquella disputa. La restricción de la libre competencia en el mercado del fútbol profesional europeo por parte de FIFA y UEFA, junto a la crítica al arbitraje ante el TAS, de carácter forzoso y puramente deportivo, impregnan a aquella sentencia de una relevancia máxima para el presente y futuro del fútbol y del deporte.

PALABRAS CLAVE

Superliga – Fútbol – Competencia – Arbitraje – TAS.

1. Introducción

«El fútbol es la cosa más importante entre las cosas menos importantes». De esta frase se podrá discutir el autor (Arrigo Sacchi, Jorge Valdano...), mas no el acierto. Solo el fútbol, razonablemente el deporte más célebre e influyente del mundo, puede despertar pasiones y paralizar ciudades de la manera en que lo hace.

Pero, por eso mismo, el fútbol no solo es un deporte, sino que también, cada vez más, es un negocio; negocio que protagonizan organismos como FIFA y UEFA, rectores, a escala mundial y europea, de las competiciones más relevantes del fútbol de clubes y de selecciones.

En el presente artículo se efectúa un análisis de la sentencia 69/2024, de 24 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil N.º 17 de Madrid, emanante del famoso caso de la Superliga: una disputa que giró en torno al sistema de autorización previa de FIFA y UEFA y a su compatibilidad con normas esenciales del Derecho de la competencia.

Ahora bien, el estudio no se limita a la normativa de competencia, sino que también versa, con cierta profundidad, sobre el mecanismo dispuesto por FIFA y UEFA para resolver los conflictos originados en su seno: el arbitraje ante el Tribunal Arbitral del Deporte (en lo sucesivo, por sus siglas en francés, «TAS»).

Así pues, se pretende en este escrito explorar jurídicamente, desde la perspectiva del Derecho de la competencia y del arbitraje, y a la luz de la más reciente jurisprudencia europea, las conclusiones plasmadas en aquella sentencia, cuya repercusión en el presente y futuro del fútbol (y del deporte) no puede subestimarse.

2. Antecedentes

La sentencia objeto de comentario trae causa de la presentación, a inicios de 2021, de una competición impulsada por varios de los clubes de fútbol más prestigiosos de España, Italia y Reino Unido: la Superliga. Se trataba de una iniciativa desarrollada de forma totalmente ajena e independiente a las competiciones organizadas por FIFA y UEFA, asociaciones imperantes del mercado del fútbol profesional.

Ante la posibilidad de ver cómo los clubes más reconocidos creaban un torneo nuevo, que haría competencia a los suyos y que no había cumplido con sus normas de autorización previa, FIFA y UEFA tomaron medidas. Así, amenazaron a los equipos, y a sus jugadores, con expulsarlos de sus competiciones si decidían participar en la Superliga.

Presentada así la discordia, en abril de 2021, European Super League Company y A22 Sports Management, empresas encargadas de promocionar la Superliga, interpusieron una demanda contra FIFA y UEFA ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid. Con ella, ejercitaron las acciones declarativas de infracción de los artículos 102 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), alegando que el sistema de autorización previa de las demandadas suponía un abuso de su posición dominante y la ejecución de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado del fútbol.

En mayo de 2021, el Juzgado de lo Mercantil N.º 17 de Madrid («JMer»), órgano conocedor del asunto, planteó seis cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), relativas, primordialmente, a la interpretación que debía dar a los artículos 101 y 102 del TFUE (y, en particular, a la compatibilidad de las normas de autorización previa de FIFA y UEFA con los mismos).

El 21 de diciembre de 2023, el TJUE dictó resolución en respuesta a dichas cuestiones (C-333/21, *European Superleague Company*)¹; y, bajo el paraguas de la misma, el JMer (magistrada ponente Sofía Gil García) emitió su sentencia el 24 de mayo de 2024.

3. Infracción de los artículos 102 y 101 del TFUE

3.1. Explotación abusiva por FIFA y UEFA de su posición de dominio

Tanto el TJUE como el JMer coinciden en que FIFA y UEFA ostentan, en el mercado del fútbol profesional europeo (y, en concreto, en el de la organización de competiciones internacionales), una posición dominante: como bien pone de manifiesto la sentencia ahora tratada, en ese mercado «*no hay ninguna persona jurídica, asociación o ente sin personalidad jurídica que organice competiciones de fútbol, que no sean las codemandadas*» (FJ 6.º). No obstante, lo que supone una vulneración del artículo 102 del TFUE no es la existencia de una posición de dominio, sino la explotación abusiva de la misma², consistente en un comportamiento que tenga por efecto real o potencial la restricción de la competencia, excluyendo a competidores considerados tan eficaces en el mercado como el infractor³.

Bajo estas premisas, el JMer aprecia que las demandadas sí han abusado de su posición de dominio «*por atribuirse la facultad de prohibir o autorizar la organización de competiciones alternativas*» (FJ 6.º). Ahora bien, para aquel lo que contraviene el artículo 102 del TFUE no es *per se* la existencia de las normas de autorización previa, sino el hecho de que las mismas no estén reguladas por un procedimiento objetivo y transparente, y que tampoco cuenten con criterios materiales que permitan evaluar la razonabilidad de la decisión tomada sobre aquella autorización. Si bien es cierto que se consideran pautas como el mérito deportivo o la solidaridad, se trata de conceptos vagos y subjetivos, cuya concreción en la práctica no puede hacerse fuera de las meras especulaciones.

El abuso de la posición dominante se evidencia, pues, en que el órgano encargado de autorizar (o no) aquellas competiciones ajenas a FIFA y UEFA no se encuentra sujeto a ningún estándar de motivación o justificación. La valoración que aquel hace de la posibilidad de autorización es total y absolutamente discrecional, lo que, a juicio del JMer, da lugar a la arbitrariedad.

-
- 1 A ella se hará referencia a lo largo de los próximos apartados, dada su intrínseca conexión con la sentencia objeto de este comentario.
 - 2 **BAENA ZAPATERO, R.**, «Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva» en **BENEYTO, J. M. & MAILLO, J.** (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo I*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 431.
 - 3 Sentencia de 27 de marzo de 2012 del TJUE (C-209/10, *Post Danmark*, párr. 25).

3.2. Restricción por objeto de la libre competencia

Estimada la infracción del artículo 102 del TFUE, pasa el JMer a examinar si el sistema de autorización previa constituye también una práctica restrictiva de la competencia, en el sentido del artículo 101. Al respecto, cabe señalar someramente que, bajo este precepto, la restricción puede ser (i) «por objeto», cuando no resulta preciso examinar ni demostrar los efectos del acuerdo, decisión o práctica en la competencia, pues se acredita un grado de nocividad suficiente para la misma, o (ii) «por efecto», cuando dicho acuerdo, decisión o práctica, con independencia de su finalidad, efectivamente produce consecuencias restrictivas de la competencia en el mercado relevante^{4 5}.

Pues bien, tanto el TJUE como el JMer aprecian que las normas de autorización previa de FIFA y UEFA suponen una restricción por objeto de la competencia.

En palmaria conexión con la justificación que sustenta la infracción del artículo 102, el TJUE considera que, no estando sujetas las normas de autorización previa a criterios materiales y a reglas de procedimiento «*que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, preciso, no discriminatorio y proporcionado*», las mismas «*presentan, por su propia naturaleza, un grado de nocividad suficiente para la competencia y, por este motivo, tienen por objeto impedir*» (párr. 178).

Para el JMer, el sistema de autorización previa de FIFA y UEFA se enmarca en un contexto no solo deportivo, sino también económico: aquellas no solo organizan y gestionan competiciones futbolísticas, sino que son, ante todo, empresas que participan en el mercado desarrollando una importante actividad económica. El sistema de autorización previa, aunque pueda perseguir fines como «*el buen funcionamiento del fútbol*», «*la equidad*» o «*el mérito deportivo*», no cuenta con ningún tipo de control material o procedimental, impidiendo, de manera injustificada, la entrada de potenciales competidores, como la Superliga, en el mercado. La inexistencia de límites al poder de decisión de FIFA y UEFA constituye, así, una restricción de la libre competencia, en un grado de nocividad suficiente para considerar vulnerado el artículo 101 del TFUE.

4. Arbitraje ante el TAS: complicaciones

La ausencia de control a la que hacen referencia tanto el TJUE como el JMer podría verse paliada por la existencia del TAS, órgano arbitral encargado de decidir sobre las controversias planteadas en el seno de FIFA y UEFA. No obstante, la previsión del arbitraje en este contexto tampoco se encuentra exento de problemas y críticas.

4 Sentencia de 2 de abril de 2020 del TJUE (C-228/18, *Budapest Bank*, párrs. 33 y ss.).

5 Entre otras, sentencia 43/2019, de 21 de enero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, FJ 3.º).

Para entrar en dichos problemas y críticas, conviene primero partir del marco conceptual del arbitraje. Se trata de un mecanismo privado de resolución de controversias, alternativo al de la jurisdicción ordinaria, derivado de un acuerdo en el que las partes dan su consentimiento para someter sus disputas a la decisión de uno o varios árbitros, quienes resolverán mediante un laudo que, al igual que una sentencia, será definitivo y firme y tendrá efectos de cosa juzgada⁶.

Si bien la sentencia del TJUE no hace alusión a los medios de resolución de controversias previstos en el organigrama de FIFA y de UEFA, la sentencia objeto de comentario sí se refiere a esta cuestión. Desde la perspectiva del marco conceptual antes plasmado, toca ahora adentrarse en las peculiaridades, destacadas por el JMer, que presenta el arbitraje ante el TAS.

4.1. Arbitraje forzoso

Siguiendo la definición expuesta *supra*, el consentimiento para someterse a arbitraje no es un elemento accesorio o secundario de dicho mecanismo; antes, al contrario, puede considerarse el núcleo de su existencia. No hay arbitraje sino cuando las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad (y, en general, de su libertad), pactan acudir a él para dirimir sus controversias.

No obstante, esta concepción general encuentra una excepción en el caso del TAS, donde el arbitraje adquiere un carácter forzoso. Como resalta el JMer, «*Unilateralmente se impone a cualquier potencial competidor el sometimiento a un tribunal de arbitraje*» (FJ 6.º). No se recoge la posibilidad de que los conflictos, en este caso, relacionados con el sistema de autorización previa, se sustancien en sede judicial: el arbitraje será la vía para dar solución a aquellos, con independencia de que las partes (o, mejor dicho, quienes vayan en contra de FIFA o UEFA) presten su consentimiento (lo que viene a ser una elección de Hobson: un «todo o nada»).

Y, pese a que aparente ser una regulación totalmente contraria a la esencia del proceso arbitral y que, por tanto, merezca ser descartada de plano, ello no resulta tan claro.

De hecho, la obligatoriedad del arbitraje ante el TAS ha llegado a ser respaldada desde Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») ha identificado, en diversas resoluciones⁷, la naturaleza forzosa de aquel arbitraje, sin cuestionarla y limitándose a exigir que el tribunal arbitral respete las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo). En el caso *Mutu y Pechstein v. Suiza* (párr. 98), el TEDH incluso reconoció que acudir al TAS, un órgano arbitral internacional, único y especializado, facilita la uniformidad procedimental y refuerza la seguridad jurídica en las disputas derivadas de organismos deportivos.

6 GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Arbitraje*, 5.ª ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018, pp. 111-143.

7 P. ej., sentencias de 28 de octubre de 2010 de la Sección Quinta (*Suda v. República Checa*), párr. 49, y de 2 de octubre de 2018 de la Sección Tercera (*Mutu y Pechstein v. Suiza*), párr. 95.

De igual modo, el Tribunal Federal suizo, competente para conocer de las acciones de anulación contra los laudos arbitrales derivados del TAS (pues la sede de este radica en Suiza), ha justificado la naturaleza preceptiva del arbitraje deportivo. En su sentencia de 22 de marzo de 2007 (caso *Guillermo Cañas v. ATP Tour*, párr. 4.3.2.3), aceptó dicha naturaleza tomando en cuenta las ventajas del arbitraje para la resolución de disputas en el ámbito deportivo: la celeridad, la especialización de los tribunales arbitrales deportivos, la garantía de independencia e imparcialidad en los mismos, etc.

Las anteriores resoluciones tienen en común que proceden de disputas entre atletas y asociaciones deportivas; es decir, de auténticos «David contra Goliat». Si en estos casos, donde la presencia de un jugador como parte podría procurarle una especial protección, el arbitraje forzoso no ha sido rechazado, entonces la tendencia apunta a ser idéntica cuando de conflictos entre empresas (como el de la Superliga) se trata.

Pese a ello, no parece ser un análisis desechable el que efectúa el JMer. Lógicamente, la previsión de un arbitraje obligatorio, para quienes intenten discutir las decisiones tomadas por FIFA y UEFA en el seno de sus normas de autorización previa, puede coadyuvar a apreciar la explotación abusiva de su posición dominante: «*ni existe un acceso a la jurisdicción, ni libertad de elección de sometimiento a arbitraje, ni facultad de proposición de un órgano alternativo al TAS*» (FJ 6.º).

Además, como reseña la sentencia, un laudo dictado por el TAS (al igual que un laudo derivado de un arbitraje comercial) es susceptible de revisión judicial únicamente mediante la acción de anulación, cuyos motivos son estrictamente tasados⁸ (y mayormente formales). El carácter restringido de dicha acción casa perfectamente con un arbitraje en el que todas las partes dieron su consentimiento para obtener un laudo definitivo e inapelable; sin embargo, en un arbitraje forzoso quizás resulta problemático restringir, a aquella parte que no dio su consentimiento, a un auxilio judicial tan limitado⁹.

4.2. El TAS como órgano deportivo y no mercantil

La existencia de controversias entre atletas y asociaciones deportivas, si bien potencia la crítica al carácter obligatorio del arbitraje, no plantea dudas en cuanto a la aptitud del TAS como órgano para decidir sobre aquellas: su enfoque es totalmente especializado en el marco de las disputas deportivas (dopaje, sanciones disciplinarias, etc.).

Sin embargo, ese enfoque aparenta ser ajeno al de los conflictos entre empresas, los cuales, pese a guardar íntima relación con el marco deportivo, no escapan a un ámbito puramente mercantil. A este respecto, el JMer objeta la conveniencia del TAS como institución encargada de resolver sobre materias empresariales (FJ 6.º):

8 Artículo 190.2 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, de 18 de diciembre de 1987.

9 Precisamente esto es lo que señala la abogada general Tamara Cápeta, en sus conclusiones para el asunto C-600/23 (*Royal Football Club Seraing*) del TJUE, presentadas el 16 de enero de 2025 (párrs. 108-115).

Las decisiones de FIFA y UEFA no son meramente deportivas, sino decisiones de empresas, por lo que es cuestionable que sea un órgano arbitral de naturaleza deportiva el que intervenga en todo caso, según sus reglamentos a revisar decisiones que no son exclusivamente deportivas.

4.3. Incompatibilidad con el Derecho de la competencia de la Unión Europea

El JMer centra su reproche en los dos puntos anteriores: el carácter forzoso del arbitraje ante el TAS, por un lado, y la naturaleza estrictamente deportiva y no mercantil de dicho tribunal, por el otro. Ahora bien, en aras de efectuar un examen más exhaustivo de las críticas que han aflorado en los últimos tiempos hacia el TAS, procede analizar una tercera cuestión, que, si bien no se menciona expresamente por el JMer, guarda directa conexión con su contenido.

Como se ha dicho con anterioridad, el TJUE no se pronuncia en su sentencia sobre el arbitraje ante el TAS. Sin embargo, si lo hace en otra sentencia, del mismo 21 de diciembre de 2023 (C-124/21 P, *International Skating Union*). En ella, el tribunal europeo examina las normas de elegibilidad de la Unión Internacional de Patinaje y, en particular, la idoneidad del TAS como órgano para decidir sobre materias tocantes al Derecho de la competencia de la Unión Europea («UE»).

En esta resolución, el TJUE se muestra disconforme con la posibilidad de ventilar normas comunitarias de competencia en un procedimiento arbitral ante el TAS. En concreto, critica que, al tener el TAS su sede en Suiza (i.e. un Estado no miembro de la UE), el tribunal competente para la potencial acción de anulación (i.e. el Tribunal Federal suizo) será uno no comunitario; esto es, uno no obligado a velar por el cumplimiento de normas como los artículos 101 o 102 del TFUE, que son de orden público¹⁰.

De acuerdo con el TJUE, «*las asociaciones deportivas no pueden limitar el ejercicio de los derechos y libertades que el Derecho de la Unión confiere a los particulares*» (párr. 196). Por consiguiente, si se discute la compatibilidad de las normas de esas asociaciones con el Derecho de la competencia de la UE, y el órgano encargado de resolver las disputas relacionadas con aquellas normas es uno extracomunitario, como el TAS, entonces se está vulnerando el principio de efectividad.

El problema en este caso, pues, no es tanto que sea un arbitraje el mecanismo contencioso previsto, que su carácter sea forzoso o que el tribunal sea únicamente deportivo. Lo es, en realidad, que ese arbitraje se localice fuera de territorio comunitario, donde no existirá un control efectivo de la normativa *antitrust* de la UE.

10 Y, por ello, controlables en la acción de anulación por un juez comunitario: sentencia de 1 de junio de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (C-126/97, *Eco Swiss*, párrs. 37-41).

Pero lo afirmado por el TJUE en esta sentencia, congruente con los reproches efectuados por el JMer, ha tenido sus consecuencias: en la versión de 2024 de las Reglas de Autorización de la UEFA con relación a Competiciones Internacionales de Clubes, se prevé la posibilidad de que la sede del arbitraje ante el TAS no sea Lausana (Suiza), sino Dublín (Irlanda) (artículo 16). Con ello se permite una sede arbitral intracomunitaria y, por ende, que el juez conocedor de la acción de anulación sea uno obligado a tutelar el cumplimiento de las normas de competencia de la UE¹¹.

5. Conclusiones

El precedente sentado por el JMer en su sentencia de 24 de mayo de 2024 no es menor. Durante décadas, la posición de FIFA y UEFA permaneció indiscutida, y la presencia de competiciones de fútbol profesional totalmente ajenas a ellas resultaba inimaginable.

Con su sentencia, el JMer es contundente al identificar las falencias del sistema de autorización previa de FIFA y UEFA. La ausencia de un procedimiento establecido, objetivo y transparente, aunada a la inexistencia de requisitos o criterios materiales que permitan juzgar la decisión respecto a la autorización, se traduce en el abuso de la posición dominante de aquellas empresas y en una práctica restrictiva, por su objeto, de la libre competencia en el mercado del fútbol profesional.

También es tajante aquel juzgado al criticar el arbitraje ante el TAS como el mecanismo de resolución de los conflictos nacidos en el organigrama de FIFA y UEFA (entre ellos, por supuesto, los relativos a su sistema de autorización previa). El carácter forzoso del arbitraje, que roza la contradicción con la esencia de su definición, y la naturaleza puramente deportiva del TAS sirven al JMer para reprender la falta de un control adecuado sobre las normas de autorización previa de FIFA y UEFA. A ello se suma que el TAS tenga su sede fuera de la UE, lo que debilita la viabilidad de su procedimiento arbitral, sobre todo, cuando se trata de disputas relacionadas con el Derecho comunitario de la competencia.

En definitiva, FIFA y UEFA ya no son intocables. La sentencia del JMer supone un duro reproche a la posición y al comportamiento de aquellas en el mercado del fútbol. Y, desde luego, no hay certeza de que la Superliga alcance el nivel de los principales torneos de FIFA o UEFA, pero tampoco puede descartarse que llegue a hacerles competencia.

11 **ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.**, «Competiciones deportivas, procedimiento arbitral y competencia: Superliga 2 – 0 UEFA», *CentroCompetencia*, 24 de julio de 2024 (disponible en <https://centrocompetencia.com/competiciones-deportivas-procedimiento-arbitral-competencia/>; última consulta 14/02/2025).

6. Bibliografía

6.1. Obras doctrinales

- BAENA ZAPATERO, R.**, «Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva» en **BENEYTO, J. M. & MAILLO, J.** (dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo I*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 429-458.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.**, *Arbitraje*, 5.^a ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018.
- MÜLLER MUIÑOS, C. E.**, «Superliga contra UEFA: El partido por el control del fútbol europeo», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 50, 2024, pp. 149-174.
- RIGOZZI, A. & ROBERT-TISSOT, F.**, «"Consent" in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects» en **GEISINGER, E. & TRABALDO-DE MESTRAL, E.** (ed.), *Sports Arbitration: a coach for other players?*, ASA Special Series, N.º 41, 2014, pp. 59-95.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A.**, «Competiciones deportivas, procedimiento arbitral y competencia: Superliga 2 – 0 UEFA», *CentroCompetencia*, 24 de julio de 2024 (disponible en <https://centrocompetencia.com/competiciones-deportivas-procedimiento-arbitral-competencia/>; última consulta 14/02/2025).
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J.**, «Caso Superliga: Comentario de la STJUE de 21 diciembre 2023, c-333/21» en **CALVO CARAVACA, A-L. & CASTELLANOS RUIZ, E.** (dir.), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 16, N.º 2, 2024, pp. 1311-1328.

6.2. Legislación

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 sobre el Derecho Internacional Privado (Suiza).

6.3. Jurisprudencia

- Sentencia de 28 de octubre de 2010 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta, *Suda v. República Checa*).
- Sentencia de 2 de octubre de 2018 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera, *Mutu y Pechstein v. Suiza*).
- Sentencia de 1 de junio de 1999 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (C-126/97, *Eco Swiss*).
- Sentencia de 27 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-209/10, *Post Danmark*).

- Sentencia de 2 de abril de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-228/18, *Budapest Bank*).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2023 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-333/21, *European Superleague Company*).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2023 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-124/21 P, *International Skating Union*).
- Conclusiones de la abogada general Tamara Cápeta de 16 de enero de 2025 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-600/23, *Royal Football Club Seraing*).
- Sentencia 43/2019, de 21 de enero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo).
- Sentencia 69/2024, de 24 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil N.º 17 de Madrid.
- Sentencia de 22 de marzo de 2007 del Tribunal Federal suizo (*Guillermo Cañas v. ATP Tour*).

El desalentador final de un caso emblemático: la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Quinta), Caso Couso Permury v. Spain, de 25 de julio de 2024

Sergio Aguado Silvestre

5.º de Derecho y Criminología, Universidad de Salamanca

RESUMEN

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2024, concerniente al caso Couso Permury v. Spain, pone fin a más de veinte años de periplo judicial de los familiares de José Manuel Couso Permury en busca de justicia que, finalmente no se encontró. En este último estadio internacional su recorrido, el hermano del periodista lleva a España ante dicho tribunal internacional por una presunta violación del derecho de acceso a un tribunal, a propósito de la interpretación dada por los órganos jurisdiccionales de la famosa Ley Orgánica 1/2014. El Tribunal, aplicando una reciente jurisprudencia, declara, consciente del injusto desenlace, que no hubo tal violación.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción universal penal – Jurisdicción universal civil – Derecho de acceso a un tribunal – Reparación por crímenes de guerra – Margen de apreciación.

1. Introducción y hechos

El 8 de abril de 2003, en Bagdad, los carros de combate del 64.º Regimiento Blindado, 4.º Batallón del Ejército de los Estados Unidos efectuaron una serie de disparos contra diversas instalaciones que albergaban medios de comunicación. Uno de ellos fue contra el Hotel Palestina, donde resultaron heridos los periodistas —considerados, en esas circunstancias, personas civiles para el Derecho internacional humanitario— Samia Najul, Paul Pasquale y Faleh Kheiber, y muertos Taras Protsyuk y el español José Manuel Couso Permury. No hay ninguna duda de que lo descrito constituye una grave violación del Derecho internacional humanitario —concretamente del Artículo 85.3 del Protocolo I adicional

a los Convenios de Ginebra— y un crimen de guerra —tipificado en el Artículo 8.2 b) ii) y v) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional—.

En mayo de ese mismo año, el Juzgado Central de Instrucción N.º 1 incoó un proceso penal por la muerte de José Manuel Couso Permuy en el que actuaron como acusación particular, entre otros, sus hermanos, su madre y su viuda, llegándose a procesar a tres militares estadounidenses por crímenes de guerra. Como es ampliamente conocido, no llegó a abrirse juicio oral, no por la ausencia de los procesados, sino porque la entrada el vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (en adelante «LO 1/2014»), hizo que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobreseyera el caso, en noviembre de 2015, «hasta que no se acrediten cumplidos los requisitos establecidos» por la referida norma¹. Este sobreseimiento fue avalado por el Tribunal Supremo, en octubre del 2016, y posteriormente, por el Tribunal Constitucional, en junio de 2019², agotándose así los recursos internos.

El 23 de diciembre de 2019, uno de los hermanos de José Manuel Couso Permuy, David Couso Permuy («el demandante»), presentó una demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante «el Tribunal» o TEDH) alegando que el mencionado sobreseimiento vulneraba su derecho de acceso a un tribunal en su vertiente civil, reconocido en el Artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante «el Convenio»). La sentencia del Estrasburgo, objeto del presente comentario, llegó el 25 de julio de 2024 considerando que no hubo tal vulneración.

2. Valoración del Tribunal

2.1. Aplicación del Artículo 6.1 del Convenio en su vertiente civil: la identificación del derecho defendible en el Ordenamiento interno español

Antes de entrar a conocer sobre el fondo de la demanda, el Tribunal evalúa si esta se encuentra dentro del ámbito de aplicación del derecho del Convenio cuya vulneración se alega: el derecho a un proceso equitativo en su vertiente civil (del Artículo 6.1). Este examen de competencia *ratione materiae* o de admisibilidad lo realiza a través de los tres clásicos requisitos ampliamente desarrollados en su jurisprudencia sobre referido derecho: (i) la existencia de un derecho defendible en el Ordenamiento interno español, (ii) de carácter civil en el sentido autónomo del Artículo 6.1 del Convenio, (iii) sobre el que se produce un conflicto real y grave («*genuine and serious dispute*»).

-
- 1 Auto de la Sala de lo Penal, Sección 3.ª, de la Audiencia Nacional, de 25 de noviembre de 2015.
 - 2 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 25 de noviembre de 2016 y Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2019, Sala Segunda, de 17 de junio de 2019, respectivamente.

El derecho en cuestión es, en principio, el derecho a obtener una reparación civil de los penalmente responsables si estos son condenados por un delito en el marco de un proceso penal (párr. 109). Dicho carácter civil no es controvertido y el mencionado conflicto se da sobre el alcance y las modalidades de su ejercicio extraterritorial (párr. 110).

Un aspecto realmente relevante de esta sentencia es la identificación, en sede de admisibilidad, del derecho defendible en el Ordenamiento interno español, cuya existencia es determinante para la aplicación del Artículo 6 del Convenio, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal, si el demandante no tiene un derecho defendible reconocido en el derecho nacional, el Artículo 6 no se aplica³.

El «derecho nacional» incluye el derecho internacional que forme parte de aquel, tal y como señaló la Gran Sala en la sentencia del caso *Nait-Liman v. Switzerland*⁴ —importante antecedente de la sentencia comentada—, que versa también sobre el derecho a un proceso equitativo en su vertiente civil (en su modalidad de derecho de acceso a un tribunal en materia civil), aunque a propósito de la no extensión extraterritorial de la jurisdicción civil suiza en el marco de una acción civil de resarcimiento por presuntos actos de tortura cometidos en Túnez.

En dicha sentencia, el Tribunal identificó expresamente, en sede de admisibilidad, que el derecho reconocido en el derecho nacional (suizo) era, además del principio general de responsabilidad civil extracontractual, el derecho de las víctimas de actos de tortura a la reparación y a una indemnización justa y adecuada; derecho reconocido en el Artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —que forma parte del derecho interno suizo en tanto que Suiza es Estado Parte de la Convención— además de firmemente arraigado en el derecho internacional general⁵.

De acuerdo con este razonamiento, en *Couso Permury v. Spain* el derecho reconocido en el Ordenamiento español no sería solo el derecho a obtener una reparación civil de los penalmente responsables si estos son condenados por un delito en el marco de un proceso penal —el principio general de responsabilidad civil extracontractual—, sino también, como indica (tangencialmente) el Tribunal a la hora de abordar que no hay duda de que el conflicto es real y grave, el derecho a obtener una indemnización por una presunta violación grave del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional (párrs. 110 y 149).

Se trata, en definitiva, del derecho a la reparación de las víctimas de crímenes de guerra⁶, a la reparación por violaciones del Derecho internacional humanitario incluido

3 HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E., BUCKLEY, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, pág. 393.

4 TEDH, Caso *Nait-Liman v. Switzerland*, Gran Sala, Sentencia de 15 de marzo de 2018, párr. 108.

5 *Ibid.* Párr. 108.

6 *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F. «Reparaciones de guerra: la humanización e individualización de la reclamación. Algunas aproximaciones judiciales alternativas», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, n. 2, 2022, pp. 271-298. «El derecho a la reparación por violaciones graves está ampliamente reconocido por las normas primarias del sistema internacional tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Además, presenta un reconocimiento de carácter multisistémico

en el Artículo 3 del IV Convenio de la Haya⁷ y el Artículo 91 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra^{8,9}, preceptos —de idéntico contenido— que forman parte del Ordenamiento interno español: el primero como (antigua) norma de derecho internacional consuetudinario¹⁰, y el segundo como tratado internacional válidamente celebrado y publicado en el Boletín Oficial del Estado¹¹.

Derecho reconocido expresamente en la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 (A/RES/60/147) —sin votación— que contiene los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones; principios y directrices que «no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que son complementarios, aunque diferentes en su contenido».

Así las cosas, el Tribunal no habría identificado de forma completa y expresa, en sede de admisibilidad, el derecho defendible de carácter civil existente en el Ordenamiento interno español sobre el que se produce un conflicto real y grave, simplemente lo habría insinuado a la hora de abordar que no hay duda de que el conflicto es real y grave: *«as the Court has already stated, the fact that the respondent State does not actually contest the existence of a right of victims of war crimes to obtain compensation, if such a crime is establi-*

pues no solo encuentra su fundamento en el Derecho internacional general y en el DIH, sino que resulta reforzado por el DIDH y por el Derecho penal internacional», pág. 276.

- 7 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, <https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907?activeTab=default> (última consulta 29.12.2024), art. 3: *«A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces».*
- 8 Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, Artículo 91: *«La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas».*
- 9 Vid. FURUYA, S. *et al.*, «The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict: The Intertwined Development of Substantive and Procedural Aspects», en CORREA, C., FURUYA, S. Y SANDOVAL, C. (eds.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 16-91. *«In my view, an individual right to reparation has been accepted since the 1990s; therefore, under current international law, a State is obliged to make reparation to individual victims who suffered harm from its violations»*, pág. 47.
- 10 CICR, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Regla 150, «Reparación», disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule150> (última consulta 29.12.2024).
- 11 Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, art. 96.1 y Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, arts. 23 y 28.

shed to have been committed, but rather its extra-territorial application, is immaterial, given that the dispute may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise» (párr. 110).

El reconocimiento de la existencia de referido derecho lo hace al abordar el fondo del caso: *«it is true that States which, like Spain, have conferred upon their courts jurisdiction to hear claims for reparation for war crimes or other international crimes, give effect to the broad consensus in the international community on the existence of the right of victims of the said crimes to appropriate and effective reparation – including when their claims are based on acts committed outside the geographical boundaries of the State in question» (párr. 142).* También al final de la sentencia: *«it should be reiterated that this conclusion does not call into question the broad consensus within the international community regarding the existence of the right of victims of acts of international crimes (as defined, inter alia, in the Geneva Conventions of 1949 and the Rome Statute) to obtain appropriate and effective redress» (párr. 150).*

2.2. Fondo: ¿vulneración del derecho de acceso a un tribunal (en material civil)?

Como se ha indicado, el derecho controvertido del Convenio es, en general, el derecho a un proceso equitativo en su ámbito civil. Concretamente, en su aspecto de derecho a acceso a un tribunal en material civil, esto es, a que un órgano jurisdiccional conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil¹². Es importante precisar que, aunque en el derecho español la acción civil se acumule a la penal, el Artículo 6.1 del Convenio no contiene el derecho a la jurisdicción penal, el *ius ut procedatur*, sobre el cual tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional¹³, en el marco del Artículo 24 de la Constitución, al conocer del recurso de amparo promovido sobre estos mismos hechos, entre otros, por el ahora demandante.

De esta manera, la cuestión de fondo que se le plantea al Tribunal es si los órganos jurisdiccionales españoles vulneraron (o no) el derecho de acceso a un tribunal en materia civil del Artículo 6.1 del Convenio del demandante al declararse no competentes —tras la entrada en vigor de la LO 1/2014— para conocer de la acción civil de resarcimiento —acumulada a la acción penal— entablada con el fin de obtener una indemnización por la muerte de José Couso, como consecuencia de una presunta violación grave del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal internacional.

Partiendo de que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, sino que debe estar sujeto a limitaciones, y en su establecimiento, los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación¹⁴; el Tribunal examina si la clara restricción del derecho del demandado

12 TEDH, Caso *Golder v. United Kingdom*, Pleno, Sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 36 y Caso *Nait-Liman v. Switzerland*, Gran Sala, Sentencia de 15 de marzo de 2018, párr. 112, entre otras muchas.

13 Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2019, Sala Segunda, de 17 de junio de 2019, FJ 3.º.

14 TEDH, Caso *Zubac v. Croatia*, Gran Sala, Sentencia de 5 de abril de 2018, párr. 78 y Caso *Nait-Liman v. Switzerland*, Gran Sala, Sentencia de 15 de marzo de 2018, párr. 114, entre otras.

producido por la LO 1/2014 excede o no el referido margen de apreciación, en otras palabras, si persigue un fin legítimo y, en tal caso, si es razonablemente proporcional para alcanzar dicho fin (párr. 136).

En relación con si la restricción persigue un fin legítimo, el Tribunal considera que sí, que podría considerarse constitutiva de una razón imperiosa de interés general (párr. 139). Esta conclusión pivota sobre tres argumentos. En primer lugar, la (muy discutida)¹⁵ justificación dada por el legislador español en el preámbulo de la LO 1/2014 para limitar, aún más, el principio de justicia universal penal (párr. 137): «delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía».

En segundo lugar, los (nuevos) motivos que plantea el gobierno español¹⁶ en respuesta a la demanda relativos al riesgo de sobrecargar los tribunales como resultado de un modelo «absoluto» de jurisdicción universal irrestricta —modelo que no existía con anterioridad a la LO 1/2014—, independientemente de si existe o no alguna conexión con España, así como las dificultades prácticas que los tribunales españoles habrían enfrentado al intentar obtener pruebas (ibid.).

Por último, los expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la LO 1/2014 (ibid.). Fundamentalmente que «no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas»¹⁷ y que en relación con las obligaciones internacionales en materia de justicia universal, según el Comité Internacional de la Cruz Roja «la exigencia de la presencia temporal o permanente del culpable en el territorio del Estado que los incrimina y juzga, sin ser parte de la literalidad de la norma, se considera legítima si obedece al propósito de garantizar la efectividad del proceso y no a móviles políticos o a deslealtad al espíritu del convenio»¹⁸.

Nótese que los tres argumentos giran en torno a la restricción del principio jurisdicción universal penal, es decir, a la restricción del *ius ut procedatur*, aun cuando este

15 Vid. p. ej. PÉREZ CEPEDA, A. I. (2021). «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Ley de punto final del principio de justicia universal en España». *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal*, Vol. 3, Núm. 3, 10–40. «el nuevo Artículo 23.4 LOPJ aparece como un verdadero galimatías legal, en el que se reconocen indiscriminadamente los principios de territorialidad y personalidad y se estén convirtiendo en excepciones la persecución por parte de los tribunales españoles de delitos cometidos fuera de los límites estatales», pág. 28.

16 Resulta verdaderamente sorprendente que el partido del gobierno, cuyo grupo parlamentario —en la oposición— promovió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014, no sólo no evite el procedimiento contencioso ante el TEDH mediante un acuerdo amistoso, sino que añada motivos en favor de la ley que en su día impugnó.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, Pleno, de 20 de diciembre de 2018, FJ 5.º.

18 Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2019, Sala Segunda, de 17 de junio de 2019, FJ 3.º.

no forma parte del Artículo 6.1 del Convenio. Esto es posible debido a la incompleta identificación, en sede de admisibilidad, del derecho reconocido en el Ordenamiento español, pues, en principio, este es el derecho a obtener una reparación civil de los penalmente responsables si estos son condenados por un delito en el marco de un proceso penal. A mi entender, estos argumentos habrían resultado del todo improcedentes si se hubiera identificado expresamente el derecho a la reparación por violaciones del Derecho internacional humanitario, que no está necesariamente vinculado a la existencia de un proceso penal.

Con respecto a si la restricción es razonablemente proporcional para alcanzar el fin legítimo perseguido, el Tribunal considera que también, razonando que, en casos como este, el alcance del margen de apreciación depende, entre otras cosas, del Derecho internacional aplicable (párr. 141), es decir, del Derecho internacional humanitario¹⁹. Con este enfoque, se detiene en el Artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra —del que son partes España, Estados Unidos e Irak— para afirmar que este no obliga a los Estados a buscar a los criminales de guerra fuera de su territorio ni a extender su jurisdicción penal para enjuiciarlos y procesarlos cuando no existan elementos de conexión de ningún tipo con el Estado en cuestión, toda vez que no establece un modelo imperativo de justicia universal (párr. 142) —nuevamente argumento relacionado con el principio de jurisdicción universal penal—.

Aterrizando ya en el ámbito civil —y en el Derecho internacional general—, el Tribunal recuerda la jurisprudencia que la Gran Sala estableció en la sentencia *Nait-Liman v. Switzerland* y que reiteró en *Hussein and Others v. Belgium*²⁰ (ibid.): «*it follows neither from international law nor from the Convention that Contracting States are obliged to acquire universal civil jurisdiction*».

Con base en lo expuesto, el Tribunal no advierte nada arbitrario ni manifiestamente irrazonable en la conclusión a la que llegaron los tribunales nacionales respecto de su falta de competencia en relación con el presente procedimiento, por lo tanto, concluye que el Estado actuó dentro del margen de apreciación (párr. 147).

Sin embargo, para concluir que no hubo violación del Artículo 6.1 del Convenio, el Tribunal considera también los siguientes extremos: (i) el demandante pudo presentar sus denuncias ante los tribunales, numerosas pruebas fueron recogidas por el juez

19 Téngase en cuenta que es la misma línea de razonamiento que lleva Tribunal Constitucional español a concluir que las restricciones a la jurisdicción universal penal introducidas por la LO 1/2014 no son lesivas del derecho de acceso a la jurisdicción penal y, por lo tanto, no inconstitucionales: «De estos tratados [de derechos humanos firmados por España, ¿se deduce una configuración específica y única del principio de universalidad de la jurisdicción, incompatible con el modelo diseñado por la Ley Orgánica 1/2014? En el supuesto de que la respuesta fuera afirmativa, habría que concluir que la reforma legal llevada a cabo por la mencionada Ley Orgánica sería lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción». Como ya se ha indicado, la respuesta fue negativa.

20 TEDH, Caso *Hussein and Others v. Belgium*, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2021.

instructor a petición suya y las autoridades judiciales españolas llevaron a cabo una investigación penal muy exhaustiva; (ii) una vez concluida la fase de instrucción, no habría sido posible proceder al juicio en ningún caso porque las personas acusadas del delito no serían entregadas por las autoridades estadounidenses y la legislación española no permitía los juicios en ausencia; (iii) los tribunales españoles suspendieron el procedimiento sólo temporalmente, sin descartar la posibilidad de reabrirlo si los acusados quedaban bajo territorio español y, por tanto, bajo jurisdicción española; y (iv) el demandante se quejó de su derecho de acceso a un tribunal desde la perspectiva de parte civil en el procedimiento penal y no alegó que hubiera habido obstáculos que le hubieran impedido interponer una acción civil separada al margen del proceso penal (párr. 148).

3. Críticas desde el otro lado del Atlántico a propósito del derecho de acceso a un tribunal

La desalentadora resolución del caso *Couso Permury v. Spain* hace muy pertinente traer a colación —de manera muy sucinta, por cuestiones de espacio— la crítica que le hizo Cañado Trindade al TEDH, precisamente a propósito del derecho de acceso a un tribunal, en su Opinión disidente a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 3 de febrero de 2012, en el asunto *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: intervención de Grecia)*, poniendo de manifiesto que, «*unlike the IACtHR, the ECHR has approached a fundamental right, such as that of access to justice — and to a fair trial — (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention on Human Rights), with attention drawn also to permissible or implicit limitations*» (párr. 214).

Recordó también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en las sentencias de los casos *Goiburú y otros vs. Paraguay* y *La Cantuta vs. Perú* que «el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional»²¹, es decir, amplió el contenido material del *ius cogens*, abarcando el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, sin el cual, simplemente no existe el Estado de Derecho²². Finalizó indicando que «*the ECHR could have reached a similar conclusion, had its majority developed its reasoning on the corresponding provisions (Articles 6 (1) and 13 of the European Convention) with attention focused on the essence of the right of access to justice, rather than on its permissible or implicit "limitations"*» (párr. 218).

21 CIDH, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131 y Caso *La Cantuta vs Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160.

22 Votos razonados del juez Cañado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006 en el asunto *Goiburú y otros vs. Paraguay*, párr. 66, y a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006 en el asunto *La Cantuta vs Perú*, párr. 53.

4. Conclusiones

No sorprende que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en vista de las sentencias recaídas en los casos *Nait-Liman v. Switzerland*, *Hussein and Others v. Belgium* y la inadmisión de *M.M. v. France*²³, pusiera fin al emblemático caso del asesinato de José Manuel Couso Permuy declarando que no ha tenido lugar la violación del Artículo 6.1 del Convenio.

Se trata de una decisión «conforme con el Convenio, según es interpretado a la luz del Derecho internacional en vigor»²⁴, pues «la implementación y el ejercicio de la jurisdicción civil universal respecto a violaciones graves de derechos humanos no constituye una obligación jurídica de Derecho internacional general, en ausencia de una práctica estatal suficientemente generalizada y de una convicción jurídica sobre su obligatoriedad»²⁵, afirmación que también se extiende a las violaciones del Derecho internacional humanitario.

Con todo, se pueden extraer dos conclusiones. Por un lado, el desorden y la falta de claridad con la que el Tribunal identifica, en sede de admisibilidad —donde corresponde—, el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones del Derecho internacional humanitario, del que son titulares las personas victimizadas «*as subjects of the law of nations, as conceived and sustained, in historical perspective, by the "founding fathers" of international law. This is deeply-rooted in the historical trajectory of our discipline*»²⁶.

Por el otro, el Tribunal (aparentemente) consciente de lo insatisfactorio y desalentador que resulta que no sea contrario al Convenio que las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario no puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado parte del que son nacionales para hacer valer su derecho a la reparación porque este no les dota de jurisdicción en base al principio de justicia universal civil (o penal acumulando la pretensión civil), indica expresamente que esta sentencia —en realidad, la jurisprudencia *Nait-Liman*— no cuestiona el hecho de que se aliente a los Estados a hacer efectivo dicho derecho dotando a sus tribunales de jurisdicción para examinar dichas reclamaciones de indemnización, incluso cuando dichas reclamaciones se basen en hechos ocurridos fuera de sus fronteras geográficas (párr. 150).

23 TEDH. Caso *M.M. v. France*, Sección Quinta, Decisión de 2 de marzo de 2021.

24 FERRER MONET, J., en «La jurisdicción civil universal ante el Derecho Internacional y su relación con la jurisdicción penal universal: a propósito de *Nait-Liman v. Switzerland*», *RGDE*, núm. 47, 2019, pág. 42.

25 BONET PÉREZ, J., en «The exercise of universal civil jurisdiction for serious human rights violations», *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 5, 13-40, págs. 35-36.

26 Opinión separada del juez Cañado Trindade a la Orden de la Corte Internacional de Justicia de 8 de septiembre de 2020 en el asunto *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, párr. 7.

5. Bibliografía

5.1. Obras doctrinales

- BONET PÉREZ, J.**, «The exercise of universal civil jurisdiction for serious human rights violations». *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 5, 13-40.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA**, *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Regla 150, «Reparación», disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/es/customary-ihl/v1/rule150> (última consulta 29.12.2024).
- FERRER MONET, J.**, «La jurisdicción civil universal ante el Derecho Internacional y su relación con la jurisdicción penal universal: a propósito de *Nait-Liman v. Switzerland*». *RGDE*, núm. 47, 2019.
- HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E., BUCKLEY, C.**, *Law of the European Convention on Human Rights*, 5.^a ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2023.

5.2. Legislación

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 18 October 1907, disponible en <https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907?activeTab=default> (última consulta 29.12.2024).
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, Boletín Oficial del Estado, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, Boletín Oficial del Estado, núm. 177, de 26 de julio de 1989.

5.3. Jurisprudencia

- Auto de la Sala de lo Penal, Sección 3.^a, de la Audiencia Nacional, de 25 de noviembre de 2015.
- Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *M.M. v. France*, Sección Quinta, de 2 de marzo de 2021.
- Opinión separada del juez Cañado Trindade a la Orden de la Corte Internacional de Justicia de 8 de septiembre de 2020 en el asunto *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*.

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, de 22 de septiembre de 2006.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *La Cantuta vs Perú*, de 29 de noviembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2019, de 17 de junio de 2019.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Golder v. United Kingdom*, Pleno, Sentencia de 21 de febrero de 1975.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Hussein and Others v. Belgium*, Sección Tercera, Sentencia de 16 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Nait-Liman v. Switzerland*, Gran Sala, Sentencia de 15 de marzo de 2018.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Zubac v. Croatia*, Gran Sala, de 5 de abril de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 25 de noviembre de 2016.
- Voto razonado del juez Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006 en el asunto *Goiburú y otros vs. Paraguay*.
- Voto razonado del juez Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006 en el asunto *La Cantuta vs Perú*.

La libertad de expresión y sus límites, STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 235/2007, de 7 de noviembre y su interpretación contemporánea

María del Carmen García Sanfeliu

Estudiante de 3.º del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad CEU Cardenal Herrera

RESUMEN

La libertad de expresión es un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución en el artículo 20 y compete la delimitación del contenido del mismo al Tribunal Constitucional. En este artículo se comentan los casos de Violeta Friedman y la librería Europa tratados por el Tribunal Constitucional en las STC 214/1991, de 11 de noviembre y STC 235/2007, de 7 de noviembre, respectivamente. Se pretende abordar las implicaciones y los límites del derecho de libertad de expresión en relación con el negacionismo y los delitos de odio recogidos penalmente, así como las consecuencias de la determinación de los límites en el ordenamiento jurídico español. Además, el derecho de libertad de expresión incide en otros derechos fundamentales como la dignidad (art. 14) y libertad ideológica (art. 16) que plantean colisiones entre los bienes jurídicos protegidos por nuestro orden constitucional. Finalmente se realiza un comentario a la luz de la revisión doctrinal de Bilbao Ubillos acerca de la posible opinión o crítica que puede suscitar la doctrina asentada por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20 CE.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental – Tribunal Constitucional – Libertad de expresión – Vulneración – Judíos.

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

La Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre¹, corresponde al Tribunal Constitucional, concretamente a la Sala Primera Pleno, como fallo del recurso de amparo 101/90, interpuesto por Violeta Friedman contra la Sentencia de 5 de diciembre de 1989 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Dictada en el recurso de casación núm. 771/88, dimanante del juicio sobre protección civil del derecho al honor seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid. En el proceso de amparo comparecen el Ministerio Fiscal y don León Degrelle, representado por el Procurador don Francisco de las Alas Pumariño y Miranda y asistido por el Letrado don Juan Servando Balaguer Pareño, siendo Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

En el recurso de amparo núm. 101/90, promovido por doña Violeta Friedman, representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Ortiz-Cañavate y Puig-Maurí y asistida del Letrado don Jorge Trias Sagnier, contra Sentencia de 5 de diciembre de 1989 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 771/88, dimanante del juicio sobre protección civil del derecho al honor seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid. En el proceso de amparo han comparecido el Ministerio Fiscal y don León Degrelle, representado por el Procurador don Francisco de las Alas Pumariño y Miranda y asistido por el Letrado don Juan Servando Balaguer Pareño. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

Los hechos litigiosos objeto de la STC 214/1991, de 11 de diciembre, corresponden a las declaraciones proferidas por don León Degrell, ex Jefe de las Waffen S.S., en el número 18 de la revista *Tiempo*, correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985, publicó un reportaje titulado «Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle»², en concreto, tales afirmaciones acerca de los judíos y el régimen nazi.

En el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, el 7 de noviembre de 1985, Violeta Friedman interpone demanda de protección civil del derecho al honor según la Ley 62/1978, reguladora del recurso de amparo ordinario con carácter procesal contra León Degrelle por sus declaraciones en la revista *Tiempo*. Su recurso es desestimado el 16 de junio de 1986 por considerar el tribunal falta de legitimación y el amparo de las declaraciones impugnadas bajo el derecho de libertad de expresión del artículo 20.1 CE. En Segunda Instancia, la actora interpone recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, el cual también fue desestimado el 9 de febrero de 1988. Posteriormente se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la previa sentencia desestimatoria por infracción del art. 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de

1 Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre 214/1991, *Boletín Oficial del Estado*, 301, de 17 de diciembre. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1991-30063>

2 Movimiento contra la intolerancia, Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio. *Informe Raxen*, 2011, p. 85- 96. Recuperado de: <https://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-accion-juridica/>

mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con los arts. 10.2, 18.1 y 29 de la Constitución. Siendo este recurso desestimado por el Tribunal Supremo el 5 de diciembre de 1989 por considerar que las declaraciones se encuentran realizadas en virtud del derecho de libertad de expresión del art. 20.1 CE y que no implican una ofensa al honor de la recurrente ni de su familia, «aun cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento»³, así como que no encuentra legitimación por parte de la recurrente, dado que el derecho al honor requiere legitimación *ad causam* y *ad procesum*. Si bien Violeta Friedman aduce poseer legitimación como «víctima indirecta».

El Tribunal Constitucional sí que admitió el recurso de Violeta Friedman al entender que en virtud de la forma de redacción de la demanda y los razonamientos que contenía, la recurrente sí que se había visto afectada por las declaraciones objeto del asunto y que por haber estado recluida en Auschwitz formaba parte del colectivo que sufrió la persecución y males cuya existencia negaban las declaraciones, y que por tanto se sentía invadida en los derechos alegados y estaba legitimada para obtener resolución sobre la cuestión por parte de los Tribunales de Justicia⁴. Si bien, en cuanto a la legitimación de Violeta Friedman para la interposición del recurso de amparo, en un primer momento en el proceso judicial las demandas proferidas por Violeta Friedman fueron desestimadas en parte por la falta de legitimación al referirse las declaraciones impugnadas a un colectivo y no a un sujeto determinado, por aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe considerar a Violeta Friedman como una «víctima indirecta». Pues, «el hecho de no ser citada expresamente en las declaraciones causantes de la lesión, en las que se hace referencia a un colectivo, no puede entenderse ni como causa de la falta de legitimación, ni como inexistencia de lesión en el honor»⁵. Por lo que el Tribunal Constitucional una vez interpuesto recurso de amparo tras agotar la vía judicial ordinaria, reconoció legitimación a Violeta Friedman dado que las declaraciones de León Degrelle, siendo ella víctima del Holocausto nazi, suponían que se sintiera personalmente invadida en los derechos alegados y que por ello existía legitimación para obtener resolución por parte de los Tribunales de Justicia.

«La existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad»⁶. Por lo que, aunque en este caso no procede la legitimación por sucesión con carácter procesal de un derecho subjetivo al honor de los parientes fallecidos de Violeta Friedman, ella mismo como parte activa recurrente sí que posee la invocación de un interés legítimo a «en su escrito de demanda en relación con las declaraciones del demandado, negadoras del referido exterminio y atributivas de su invención al pueblo judío, merece ser calificado

3 STC de 11 de noviembre 214/1991.

4 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 96.

5 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 85.

6 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 86.

de "legítimo">»⁷, con tal de reestablecer el derecho al honor de la colectividad que representa el pueblo judío de conformidad con el derecho a la tutela del artículo 24 CE, según doctrina del Tribunal Constitucional.

Por lo que, cabe plantearse si las declaraciones de León Degrelle se encuentran amparadas por la libertad de expresión del art. 20 CE o si suponen o no una vulneración del derecho al honor. En este sentido, según señala el Fundamento Jurídico Octavo de la resolución acerca del caso Violeta Friedman: «las declaraciones publicadas, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en su conjunto, efectuó juicios ofensivos al pueblo judío (...), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer (con lo que ello significa en cuanto al pueblo judío a la luz de la experiencia histórica). [...] que manifestamente poseen una connotación racista y antisemita, y que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos»⁸.

De manera que constituyen un atentado contra el honor de Violeta Friedman, así como de las personas que estuvieron internadas en los campos nazis de concentración, puesto que el juicio que se hace sobre los hechos históricos, desgraciados y aborrecibles que comportan imputaciones efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas, esto es, las integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo⁹. Pues las declaraciones exceden el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE. Asimismo como señala el art. 20.4 CE no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 C.E.), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 de la Constitución, además de estar en relación con la libertad ideológica (art. 16 C.E.) y la libertad de expresión (art. 20.1 C. E.) que no comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo¹⁰.

2. STC 235/2007, de 7 de noviembre, caso de la Librería Europa

La Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, trae razón de la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, por un supuesto de vulneración del derecho a la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución por castigar penalmente «la

7 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 85 y 86.

8 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 86.

9 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 86.

10 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 86.

difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio»¹¹, en concreto del artículo 607.2 CP. Todo ello a tenor de la venta y difusión de obras de contenido nacionalsocialista que negaban el Holocausto y enaltecían la ideología nazi. Y los hechos litigiosos objeto de recurso hacen referencia a la venta y distribución de publicaciones, vídeos y materiales en distintos soportes de carácter antisemita, negando «el genocidio cometido bajo el III Reich se incitaban al odio y la discriminación del pueblo judío»¹², por parte de la librería Europa en Barcelona de la cual D. Pedro Varela que era titular.

Por su parte, la Sentencia de 16 de noviembre de 1998 mediante procedimiento abreviado en sentencia emitida por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela Geiss, «por delitos de genocidio y de provocación a la discriminación, odio o violencia racial»¹³. En este procedimiento actuaron como acusación el Ministerio Fiscal, y como acusaciones particulares las asociaciones S.O.S. RACISME, A.T.I.D. y la Comunidad Israelita de Barcelona. Si bien cabe señalar que la denuncia se produjo por parte de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ante el Juzgado de Guardia¹⁴, por comisión de los delitos de los artículos 607.2 y 510.1 del Código Penal, es decir, mediante la acusación de un delito continuado de apología del genocidio (607.2) y de un delito también continuado de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el artículo 510.1 del Código Penal. Por los cuales, Pedro Varela Geiss acabó siendo condenado a dos años de prisión por ser autor responsable del delito del 607.2 CP y a otra pena de tres años de prisión y multa, constituyendo una condena constitutiva de una pena de cinco años en total¹⁵.

En recurso de apelación, de 5 de marzo de 2008, Pedro Varela Geiss recurrió ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la sentencia dictada en primera instancia, en este caso en contra del Ministerio Fiscal y las asociaciones SOS Racisme, ATID y la Comunidad Israelita de Barcelona. El recurrente alegaba un error en la valoración de la prueba dado que reconoce que por su condición de librero llevaba a cabo la venta del material objeto de la controversia, si bien niega que distribuyera o difundiera las nombradas publicaciones por estas conductas competencia de los editores y de los distribuidores. También señala que no es cierto que en la mayoría de publicaciones puestas a la venta se incite a exterminar a la raza judía como a las ratas¹⁶. Así como al empleo de simbología nacionalsocialista «en actitud inequívocamente exaltatoria y se hacen continuas alusiones ofensivas y de denigración de la raza judía, [...] necesariamente tienen un contenido propagandístico»¹⁷.

No obstante, durante este procedimiento la Sala promovió una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación a los preceptos 607.2 y 510 CP,

11 Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre 235/2007. *Boletín Oficial del Estado*, 295, de 10 de diciembre. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2007-21161>

12 **BILBAO UBILLOS, J. M.**, «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, 2009, pp. 32

13 *Movimiento contra la intolerancia*, *op. cit.*, pág. 91.

14 *Movimiento contra la intolerancia*, *op. cit.*, pág. 92.

15 **BILBAO UBILLOS, J. M.**, *op. cit.*, pág. 223.

16 *Movimiento contra la intolerancia*, *op. cit.*, pág. 95.

17 *Movimiento contra la intolerancia*, *op. cit.*, pág. 96.

siendo esta petición estimada parcialmente. De manera que mediante Auto de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 607.2 CP. Sin embargo, fue inicialmente inadmitida por no cumplir un requisito formal al haber sido interpuesta en un momento procesal improcedente. Aunque mediante un nuevo Auto de suspensión del plazo para dictar sentencia del recurso de apelación, tras la celebración del juicio oral ante la Audiencia Provincial de Barcelona, se reiteró la cuestión de inconstitucionalidad acerca de la limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión que comportaba el art. 607.2 CP por parte de la Audiencia Provincial al tener legitimación activa para su interposición en virtud del art. 163 CE. Así, respecto a la inconstitucionalidad del artículo 607.2 CP sobre su carácter limitador del derecho de libertad de expresión del artículo 20.1 CE, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 235/2007, declaró inconstitucional, así como nula la inclusión la expresión «nieguen» recogida en el precepto del 607.2 CP en el momento de dictar sentencia.

Sin embargo, el TC en la nombrada sentencia no declara inconstitucional el resto de la redacción de este tipo penal, por lo que permite castigar la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, según los criterios de interpretación que señala en su Fundamento Jurídico Noveno. Por lo que, se ha de castigar aquellas conductas que «de forma indirecta supongan la provocación al genocidio [...] cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación»¹⁸.

3. Comentario a partir del análisis de las sentencias y del artículo de Bilbao Ubillos (2009)

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional es calificada de «valiente» y «contracorriente» por parte de Bilbao Ubillos debido a que en parte se aleja de la tendencia predominante acerca de la jurisprudencia e interpretación del derecho de libertad de expresión. Pues el TC considera el negacionismo como conducta amparada por la libertad de expresión en cuanto a que el TC ha entendido que «en una sociedad abierta y pluralista, no sólo se protegen las informaciones o ideas acogidas favorablemente por la sociedad o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (y sobre todo) las opiniones que incomodan, perturban o molestan, que resultan impopulares, heterodoxas o «políticamente incorrectas», o incluso, añadido yo, despreciables, como las de contenido racista o xenófobo»¹⁹. Así, en la STC 235/2007, el TC entiende que lo que se ha de castigar, no es la negación de determinados hechos históricos, sino que hay que atender

18 Movimiento contra la intolerancia., *op. cit.*, pág. 95 y 96.

19 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 300.

a los juicios de valor que se producen acerca de los mismos. Sin embargo, aduce a que son perseguibles por el Derecho penal aquellos dotados de «especial peligrosidad» en atención a supuestos excepcionales cuando la justificación opere como incitación directa a la comisión del delito de genocidio, y no se pueda relacionar con conducta con la mera adhesión a una ideología o posición política en particular, dado que, en ese caso, se encontraría amparada por el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y a la libertad de expresión (art. 20 CE).

No obstante, a lo que afecta al principio de última ratio e intervención mínima del Derecho penal, estando ya castigada la provocación directa en el art. 615 CP, se abre así la puerta a que los supuestos de incitación o provocación indirecta también sean penalmente relevantes, lo cual, tal y como señala Bilbao Ubillos, «normalmente no es punible, porque implica un adelantamiento considerable de la represión penal»²⁰. Si bien es competencia del legislador penal el determinar cuáles son los bienes jurídicos merecedores de protección, el Derecho penal posee un papel subsidiario, puesto que se ha de tener cuidado a la hora de tipificar conductas como susceptibles de perseguibilidad penal al poder darse una «prohibición de exceso» pues «la sanción penal tiene que concebirse como última ratio, como una medida extrema, muy severa, con efectos secundarios (disuasorios, inhibidores o desalentadores)»²¹.

Por ello, se plantea el debate acerca de la proporcionalidad de la calificación de algunas conductas como constitutivas de delito, debido a que el legislador mediante «prohibiciones de simpatía» a las que aduce G. Jakobs, como las que se producen mediante el conocido como Derecho penal simbólico. Aunque en opinión del autor, estas prohibiciones sólo deben ser empleadas en momentos «de crisis de legitimación, de forma pasajera, esto es, mediante normas de vigencia temporal limitada»²². La tipificación de dichas conductas entra en conflicto, en parte, con «los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, irrenunciables en un modelo de Derecho penal constitucionalmente adecuado, obligan a considerar cuidadosamente la posible existencia en este ámbito de medidas alternativas menos drásticas, pero quizá más eficaces, como la tutela civil del derecho al honor»²³. Además, en virtud del principio de ofensividad, «la función del Derecho penal no consiste en la represión de simples actitudes o creencias internas (por reprobables que éstas sean), sino en la prevención de comportamientos capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicamente protegidos»²⁴. En este sentido, la difusión de ciertas ideas con independencia del carácter ideológico de las mismas, sí que vendría amparado por el derecho a la libertad de cátedra o libertad ideológica del artículo 20 de la Constitución y en parte también por la libertad de investigación científica, lo cual podría dar lugar a la adquisición y estudio de materiales de contenido nacionalsocialista. Siendo, esta ideología el objeto de las Sentencias del TC 241/1991 y 235/2007, de las cuales emana la controversia que nos ocupa respecto a la posibilidad de limitación del derecho a la libertad de expresión.

20 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 343.

21 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 350.

22 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 350.

23 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 350.

24 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 350.

Por ello, a este respecto considero que la posición acerca del revisionismo que plantea el Tribunal Constitucional puede dar lugar a debate, dado que, si bien puede resultar colectivamente a efectos de opinión pública justificadamente reprochable la aceptación de relatos contrarios a la Historia, entendida como correlación objetiva de hechos, cabe atender a que, por su carácter de ciencia social, en la práctica no se encuentra desprovista de interpretación particular. Pues resulta llamativo el hecho de que alguien pudiera siquiera poner en duda la existencia del Holocausto contra los judíos y de sus efectos, no obstante, debido a la relevancia de la interpretación de la jurisprudencia constitucional como delimitadora del contenido de los derechos contenidos en la ley fundamental, si se establecieran limitaciones a este tipo de interpretaciones, igual criterio se debería emplear para otras cuestiones dotadas de un mayor grado de sensibilidad y cercanía con la propia historia de España, como es la Guerra Civil y en este sentido la realización de las leyes de Memoria Histórica y Democrática. Debido a esta circunstancia, constituye una tarea verdaderamente inacabable la delimitación acerca de la libertad de expresión al ser el intento por poner barreras a la propia manifestación pública de la propia producción cognitiva del hombre, que no tiene límites, basándose en criterios de mayor o menor perjuicio para la paz social.

Ahora bien, tanto en la STC 241/1991 como en la STC 235/2007, la doctrina del TC estima que el negacionismo se encuentra amparado por el derecho de libertad de expresión (art. 20 CE), al ser aquel revisionismo histórico consistente en el discurso que cuestiona o niega la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, además que este comprendería la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio de la realidad del genocidio, su amplitud y modalidades de ejecución²⁵.

Finalmente, según Bilbao Ubillos defiende que no se debe castigar el negacionismo, aunque admite la valentía del Tribunal Constitucional acerca de su resolución como se ha comentado anteriormente. Así, si el TEDH considera el abuso del derecho como límite a los derechos, cabe señalar que el TC a ojos de nuestro autor respecto al castigo penal del negacionismo sí que considera legítimo el castigo del TC, y que el mismo se queda corto al haber debido señalar el principio de última ratio del Código Penal²⁶. En su análisis alude a Marc Carillo quien defiende la línea de la doctrina estadounidense y dice que las afirmaciones no merecen una sanción penal. Asimismo, resaltar la necesaria distinción que el TC realiza en relación a, la controversia cerca de la limitación del derecho a la libertad de expresión cuando indica que: «la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio». La justificación, en cambio, no implica la negación absoluta de la existencia de un determinado delito de genocidio sino «su relativización o la negación de su antijuricidad partiendo de cierta identificación con los autores»²⁷.

25 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 351.

26 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 343.

27 BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, pág. 336.

4. Bibliografía

4.1. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre 214/1991. *Boletín Oficial del Estado*, 301, de 17 de diciembre. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1991-30063>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre 235/2007. *Boletín Oficial del Estado*, 295, de 10 de diciembre. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2007-21161>

4.2. Artículos

BILBAO UBILLOS, J. M., «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, 2009, pp. 299-352

MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA, «Acción jurídica contra el racismo y los crímenes de odio». *Informe Raxen*, 2011, p. 96. Recuperado de: <https://www.informeraxen.es/informe-raxen-especial-accion-juridica/>

A vueltas con el arbitraje testamentario: Breve revisión de una figura indebidamente olvidada

Mateo Martínez Navalón

Estudiante del Doble Máster en Acceso a la Abogacía y procura y Abogacía Internacional, Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El arbitraje testamentario ha emergido como un mecanismo significativo, aunque infrautilizado en el derecho sucesorio español, ofreciendo una potencial solución a la creciente complejidad de las disputas hereditarias. Si bien este mecanismo está expresamente reconocido en la Ley de Arbitraje española, este instrumento jurídico continúa operando en los márgenes de la práctica sucesoria, a pesar de sus evidentes ventajas en términos de eficiencia procesal y autonomía del testador. A lo largo del presente texto se examinan los fundamentos teóricos y las implicaciones prácticas del arbitraje testamentario en el sistema jurídico español, centrándose particularmente en su naturaleza dual como disposición testamentaria con carácter procesal. Asimismo, el presente artículo analiza el origen y evolución histórica de esta institución, al tiempo que se centra particularmente en las dos controversias principales en relación con esta figura: la extensión del convenio arbitral a herederos no firmantes y las limitaciones impuestas por las normas de legitima. El análisis expuesto permite identificar los puntos claves de cara a proponer una reforma de esta institución que permita desarrollar la misma y permitir una mayor implantación y seguridad jurídica en relación con esta institución.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje – Sucesiones – Arbitraje testamentario – Legítima – Convenio arbitral.

1. Introducción

El arbitraje testamentario es un fenómeno que, pese a su reconocimiento expreso por la Ley española de Arbitraje¹ (LA), haber sido objeto de estudio de figuras como Díez-Picazo o Albaladejo y la labor de divulgación realizada a su favor en los últimos años por

1 Ley 60 /2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, Publicado en Boe núm 309 de 26 de diciembre de 2003

varios notarios y fundaciones², sigue estando en la sombra en el panorama legal español, con un uso bastante limitado.

Al margen de su escasa presencia, el arbitraje testamentario es una institución que presenta un gran interés, dada su naturaleza dual de contrato aplicable a un tercero con efectos jurisdiccionales. Así, el presente artículo busca arrojar algo de luz y volver a traer a la palestra la discusión sobre esta figura que, tanto por interés práctico como por el puramente académico, merece una mayor atención. Asimismo, esta figura presenta importantes beneficios para los herederos, en tanto en cuanto, permite: agilizar el trámite sucesorio de manera drástica;³ obtener una capacidad de designar el arbitro o el número de los mismos, introduciendo perspectivas que el testador quiera tener en cuenta; y de poder regular las partes el procedimiento en función de las necesidades de las partes.

El presente texto se va a estructurar de la siguiente forma: en primer lugar, se hará una breve revisión del concepto de arbitraje testamentario, su regulación legal y orígenes históricos; en segundo y último, lugar se abordarán las dos cuestiones más controvertidas de esta institución: (i) el arrastre a los herederos y legatarios al arbitraje como terceros no signatarios del convenio y (ii) la institución de la legítima y los límites que plantea

2. ¿Qué es el arbitraje testamentario?

Naturaleza del arbitraje testamentario

El arbitraje testamentario, pese a lo llamativo de su nombre, no es una figura extraña a nuestro derecho sucesorio y, en definitiva, la doctrina acepta unánimemente que su fundamento es la libertad de disposición del testador, siendo su razón de ser por tanto las facultades de disposición *mortis causa*⁴ del mismo.

De este modo, entendiendo el testamento como negocio sucesorio, es razonable admitir, tal como hace Díez-Picazo que el arbitraje se puede extenderse y aplicar tanto como se extiende la libertad de disposición *mortis causa*⁵. Así, las facultades de disponer del

2 DE PRADA, C., «El arbitraje testamentario», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 58, 2014, <https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-56/3795-el-arbitraje-testamentario>, última consulta 14 de febrero de 2025

GOMÁ, I., «Frente al conflicto hereditario, el arbitraje testamentario (Por una reforma)», *Hay derecho*, 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/11/14/frente-al-conflicto-hereditario-el-arbitraje-testamentario-por-una-reforma/>, última consulta 14 de febrero de 2025

3 Fijando el plazo deseado por las partes o recurriendo al supletorio del artículo 37.2 LA que lo fija 6 meses, plazo completamente inimaginable en un procedimiento civil corriente.

4 BUCHALTER MONTERO, B., «Arbitraje instituido por disposición *mortis causa*», en *Revista Boliviana de derecho*, n.º 34, julio 2022, pp. 498-533.

5 DÍEZ-PICAZO, L. Y PONE DE LEÓN, L., «Comentario al art. 10», en GONZÁLEZ SORIA, J. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre*, Aranzadi, Madrid, 2004, p. [Número de página específica].

testador en modo alguno quedan circunscritas meramente a disposiciones patrimoniales, sino que también pueden extenderse a disposiciones sobre la gestión del negocio sucesorio, siendo las más conocidas el nombramiento de un albacea un contador-partidor. En definitiva, el testador es soberano tanto sobre el qué y cómo se reparte como sobre la administración del reparto, siendo el arbitraje testamentario en definitiva una disposición procesal vía testamentaria.

Para concluir la naturaleza del arbitraje testamentario, resulta procedente, con mero fin de claridad, diferenciar el arbitraje testamentario del arbitraje sucesorio. El arbitraje sucesorio se refiere en global a todo arbitraje que tenga por objeto un proceso sucesorio bien sea instituido en el testamento o como una sumisión posterior por los herederos. En contraste, el arbitraje testamentario, objeto del presente análisis, se limita al arbitraje constituido por una cláusula arbitral instituida en el testamento. Así, todo arbitraje testamentario es necesariamente un arbitraje sucesorio, pero existen otras formas de arbitraje sucesorio que pueden no ser testamentarias.

En conclusión, el arbitraje testamentario es un sistema alternativo de resolución de disputas mediante el cual el testador, por medio de disposición testamentaria, somete la resolución de posibles disputas que surjan relativas a la distribución de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios a un arbitraje, bien designando por el testador la institución que haya de administrarlo o bien designando al árbitro o árbitros.

Breve historia del arbitraje testamentario

En relación con los orígenes de esta figura y parafraseando al profesor Antonio Fernández de Buján⁶, el arbitraje moderno tiene una deuda histórica con sus orígenes. De este modo, pese al auge y progresiva expansión que ha tenido el arbitraje en los últimos años, las raíces de esta institución están lejos de ser una innovación del derecho mercantil moderno, sino que; por el contrario, tienen precedentes históricos notables en nuestro sistema jurídico.

El primero y más conocido es la ley de las XII tablas que preveía «el nombramiento de un árbitro *«legis actio per iudicis arbitri postulationem»* en supuestos donde había una controversia entre coherederos o legatarios»^{7 8}. Si bien dicha institución no operaba como consecuencia de una disposición testamentaria, sino en la voluntad posterior de las partes, resulta un precedente interesante en tanto en cuanto supone un primer indicio de arbitraje, si bien no testamentario, al menos sucesorio.

En lo relativo al derecho histórico español, nos resulta más difícil encontrar precedentes. No obstante, sí que encontramos diversas menciones a la institución arbitral. En

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ed. Dykinson, Madrid 2014, 210

7 GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGU, T. «El arbitraje en el derecho Romano como medio alternativo y adecuado de resolución de controversias». *Anuario de la Facultad de Derecho*, 38, 2022, 517-544.

8 BUCHALTER MONTERO., *op. cit.*

primer lugar, describe García Pérez⁹ el uso imperativo del arbitraje en relación con ciertas materias entre parientes, dentro de las cuales se incluiría la sucesoria. Así, aún con alguna diferencia en su naturaleza, la autora encuentra precedentes de esta institución en las leyes instauradas por Jaime I en la ciudad de Valencia para controversias hereditarias entre hermanos. Asimismo, en relación con la España Visigoda, el Fuero juzgo¹⁰ mandaba en el Título V del libro II que «los hijos no procedan contra lo mandado por su padre» mención de la que algunos autores han deducido una presunta autorización para realizar cualquier disposición incluso relativa a la administración de las diferencias. Encontramos también en dicho fuero referencias más genéricas al arbitraje en el título I del libro II («de los jueces y los juicios») el apartado tercero de la ley 1 hace una mención a que «ninguno juzgue pleito sino el juez puesto por el rey, o escogido por las partes»¹¹. En contraste, no encontramos referencias directas en los fueros medievales clásicos o andalusíes, aunque sí que encontramos algunas menciones que pueden guardar cierta relación¹².

Encontramos también menciones a la institución arbitral en las Siete partidas de Alfonso X¹³, Partida Tercera, título IV ley primera que hace referencia a «otros que son llamados en latín árbitros (...) que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes».

En conclusión, no parece que encontremos referencias directas al arbitraje testamentario en la regulación romana o medieval. No obstante, sí que encontramos una presencia de la figura arbitral en el plano sucesorio en las XII tablas, y menciones a los árbitros en diferentes textos medievales, lo que parece indicar que el legislador medieval tenía conocimiento de dicha institución y la misma tenía una presencia suficiente para merecer mención.

La primera regulación moderna del arbitraje la encontramos en el siglo XIX en la CE de 1812 que en su art. 280 recogía que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes»¹⁴. Encontramos también una autorización tácita al arbitraje testamentario en la LEC de 1855 art 772 que dispone que «no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones del estado civil de las personas ni las que deba intervenir el Ministerio fiscal» asumiéndose, *a contra sensu*, que el resto de las materias eran sometibles al mismo. En este sentido, encontramos también diversas menciones de soslayo en jurisprudencia del TS y de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN)¹⁵ de principios del siglo XX que

9 GARCÍA PÉREZ., p. 30.

10 Consultamos la versión editada por la Real academia española de 1815, disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-5

11 BUCHALTER MONTERO., *o.p. cit.*

12 BUCHALTER MONTERO., *op. cit.*

13 *Las Siete Partidas* edición 1807 de la Imprenta Real, Tomo II, ed. Conmemoración del octavo centenario de Alfonso X publicada por la Real Academia de la Historia, 2021.

14 FERNÁNDEZ DE BUJÁN., *op. cit.*

15 Resoluciones de 1 de septiembre de 1902, de 25 de septiembre de 1903, de 28 de marzo de 1944 o SSTs de 1 de septiembre de 1902, de 25 de septiembre de 1903 y de 28 de marzo de 1944.

abordan dicha institución, sobre todo en relación con su aparente choque con el art 710 de nuestro Código Civil¹⁶.

Pese a las menciones y regulaciones anteriormente mencionadas, para encontrar la primera positivación directa de esta institución debemos esperar hasta entrado el siglo XX. Así, la regulación directa la encontramos en el artículo 5 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que regula los arbitrajes de Derecho Privado, estableciendo que el convenio arbitral «se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia».

Respecto a los orígenes comparados de la regulación la doctrina discute si la redacción de este precepto tiene como precedente el § 1048 (hoy § 1066) de la Ley Procesal Civil alemana (1869) o el § 581.II de la Ley Procesal Civil austriaca (1895), pero acepta plenamente que nuestra regulación viene influida por países como Italia o Alemania con una mayor tradición y desarrollo relativo a esta figura.

La regulación dada por la LA de 1954 se mantendría casi literalmente por la LA de 1988 que introducía el adverbio excepcionalmente¹⁷que, si bien suprimido en 2003 ha generado bastante polémica en cuanto a la consideración del arbitraje testamentario como «excepcional» o no.

Regulación legal: El art 10 de la LA

Pasando a la regulación actual, el arbitraje testamentario tiene una sucinta regulación contenida en el artículo 10 de nuestra LA de 2003 que establece que «*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*»

El artículo 10 delimita el ámbito de aplicación del arbitraje testamentario en tres aspectos: (i) la sumisión a arbitraje debe realizarse en disposición testamentaria, (ii) el ámbito material del arbitraje abarca cuestiones relativas a diferencias por cuestiones relativas a distribución o administración y (iii) solo puede afectar a «herederos no forzosos o legatarios».

Si bien el primer límite no presenta problema, los segundos sí que son más problemáticos.

En relación con el término «distribución y administración de la herencia» la mayoría de la doctrina ha interpretado dicho artículo, poniéndolo en conexión con el artículo dos de la LA haciendo una interpretación amplia y fijando como único límite las facultades

16 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en la Gaceta de Madrid núm 206 de 25 de julio de 1889

17 «excepcionalmente, será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia

de disponer que tenía el testador en su condición de tal. El mandato del árbitro es por tanto resolver las controversias tocantes a estas materias, diferenciándose en su papel de resolución de la figura del 671 y limitándose respecto al poder judicial al no puede decidir sobre cuestiones como la validez o nulidad del testamento.

El tercer límite es seguramente el más complejo y será abordado más adelante en el apartado relativo a la legítima. Así, la doctrina y jurisprudencia se deban entre entender que dicho límite opera como un límite subjetivo, excluyendo a legitimarios en su condición de legitimarios; o si, por el contrario, opera como un límite objetivo, excluyendo la resolución de controversias relativas a la legítima, siendo posible que los legitimarios discutan otras cuestiones por esta vía.

3. Principales controversias relativas a su aplicación

El arbitraje testamentario, como ya se anticipaba anteriormente, presenta fundamentalmente dos controversias. La primera es el problema relativo al arrastre a un arbitraje de terceros no firmantes del pacto arbitral; en segundo lugar, el problema ya anticipado relativo a la legítima y la posible inclusión en este arbitraje de los herederos forzosos y sus límites.

Terceros no signatarios: problemas con la extensión del convenio

El primer problema que parece suscitar el arbitraje testamentario es el hecho de que, por su propia naturaleza unilateral y luctuosa, los sujetos de dicho arbitraje no pueden ser parte de la redacción del convenio arbitral e incluso podían desconocer de su existencia.

El rechazo inicial que puede generar esta figura tiene su origen en la concepción del arbitraje como una institución puramente contractual, entendiéndose el convenio arbitral como una renuncia a la jurisdicción que realizan las partes del convenio. Esta concepción es, a nuestro juicio y al de parte de la doctrina cuanto menos matizable por varios motivos

La primera objeción a dicha limitación radica en que, los herederos o legatarios poseen libertad de aceptar o rechazar la herencia consintiendo en el momento de aceptarla el arbitraje «por lo que la imposición del testador lo es relativamente»¹⁸.

Asimismo, la aceptación de un convenio arbitral preexistente mediante la adhesión a una comunidad o un grupo no es una figura exclusiva de este tipo de arbitraje y se encuentra presente en otras situaciones, tales como contratos de adhesión¹⁹, arbitrajes

18 GOMÁ., *op cit.*

19 Siendo famosas las cláusulas de Disney en sus parques temáticos. <https://bullardfallaezcerra.com/publicaciones/2024/08/26/cualquier-disputa-tiene-un-limite-el-convenio-arbitral-de-disney-usado-para-buscar-arbitrar-danos-por-una-muerte-por-negligencia/>

societarios establecidos en los estatutos, o arbitrajes de una comunidad de un edificio²⁰. Por tanto, no parece haber motivos razonables para entender que una comunidad hereditaria presente una naturaleza que haga imposible el sometimiento a arbitraje. Así, más allá del particular inicio de dicha comunidad y de su duración limitada en el tiempo, la aceptación de un convenio arbitral por mera adhesión a un grupo o comunidad no es un fenómeno extraño, novedoso y exclusivo de esta institución.

En relación con el funcionamiento de dicha institución respecto de los terceros surge otra cuestión relativa a la capacidad coactiva de la cláusula arbitral. Tradicionalmente el convenio arbitral permite a ambas partes firmantes a obligarse mutuamente a acudir al arbitraje, bien por el medio de iniciar el proceso por sí mismos, o bien defendiéndose de demandas interpuestas en la jurisdicción oponiendo mediante declinatoria el convenio arbitral. En este caso al no estar el redactor del convenio en facultad de oponer ni acudir a ningún tribunal surge la cuestión relativa a frente a quien surge la obligación.

A esta problemática responde, a nuestro criterio con la solución más lógica y correcta, García Pérez²¹ argumentando que la obligación, en este caso, surge frente a los otros herederos y, en caso de que lo haya, frente al albacea como ejecutor de la última voluntad del causante, teniendo estos la facultad de exigir el cumplimiento del convenio arbitral. Es decir, al aceptar la herencia y, por ende, el convenio se asume una obligación con el resto de los miembros actuales o que se adhieran posteriormente a la comunidad hereditaria.

La legítima como límite de orden público: el problema con los herederos forzosos

El segundo problema fundamental radica en la legítima y los herederos forzosos como límite del arbitraje testamentario. Este problema fundamental surge de la intangibilidad de la legítima y la consecuente imposibilidad de transar sobre la misma *ex art 816 CC*. Como antes anticipábamos la redacción del artículo 10 da una resolución ambigua a la posición de los herederos forzosos en relación con el arbitraje testamentario dejando como posibles dos opciones.

La primera opción, y la más restrictiva, sería interpretar que la omisión realizada por el artículo 10 LA de los herederos forzosos supone un límite subjetivo absoluto al arbitraje testamentario. Es decir, supone interpretar que no cabe arbitraje en relación con ninguna controversia donde esté presente un heredero forzoso, independientemente de que esta controversia versase o no sobre su legítima estricta, limitando el arbitraje testamentario a sucesiones donde no hubiera herederos forzosos. Esta interpretación restrictiva supone, de facto, un golpe casi mortal a esta figura al reducir su ámbito a sucesiones donde el causante no tenga ni hijos ni padres ni cónyuge ni ascendientes (art 807 CC) y, por tanto, excluyéndolo de prácticamente la totalidad de los casos que se dan.

La segunda opción, sería interpretar el art 10 asumiendo que la omisión de los herederos forzosos realmente opera como un límite objetivo, asumiendo pues que lo que trata

20 DE PRADA., *op. cit.*

21 GARCÍA PÉREZ. C., *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 152 a 166

de proteger con la omisión a los herederos forzosos es la legítima estricta, no siendo posible traer a un arbitraje controversias que tocasen esta, pero si cualquier otra controversia relativa al testamento, aunque los presentes sean herederos forzosos. Es decir, que sería posible someter a los sujetos del 807 CC al arbitraje en lo recibido más allá de la legítima o con cargo a la libre disposición²².

Capilla y Diez Picazo²³ plantean también dos problemas que, por cuestiones de tiempo y espacio no van a ser desarrolladas aquí, pero resulta interesante anotar para dar noticia de su existencia y dejándolos abiertos para futuros trabajos. La primera problemática es la posibilidad de admitir o no el arbitraje respecto a la parte de la legítima sobre la que el testador puede disponer, es decir, la mejora. Si el fundamento de este arbitraje como decíamos es la libre disposición esta parecería una postura lógica, aunque en aparente choque frontal con el límite objetivo antes expuesto.

La segunda cuestión, también apuntada por Ignacio Gomá Lanzón²⁴ sería la posibilidad de introducir la polémica *cautela socini* o cautelas de opción para sujetar a los herederos forzosos que no acepten el arbitraje. Así, mediante esta cláusula el testador dispondría que, en caso de no aceptar el arbitraje, la herencia de estos quedase reducida a su legítima estricta.

4. Conclusiones

En conclusión, el arbitraje testamentario se presenta como una figura jurídica de gran potencial que, pese a su reconocimiento expreso en la Ley de Arbitraje y sus evidentes ventajas prácticas, continúa siendo infrautilizada en el panorama legal español. Su naturaleza dual, como disposición testamentaria con efectos jurisdiccionales, ofrece una vía alternativa eficiente para la resolución de conflictos sucesorios, permitiendo agilizar significativamente los trámites y adaptarse a las necesidades específicas de cada caso.

A nuestro juicio, el limitado uso de esta figura puede deberse a varios factores. Un primer factor, y seguramente el más relevante, es su defectuosa regulación que da pie a múltiples incertidumbres que pueden desincentivar su uso por razones de seguridad jurídica. Un segundo factor puede ser la errónea concepción del arbitraje como una figura exclusiva del derecho mercantil y ajena al derecho civil clásico separando estos mundos artificialmente. Por último, esta infrautilización puede deberse a un desconocimiento de esta posibilidad entre notarios y testadores que lleva a que esta figura pase desapercibida como posibilidad en muchos de los testamentos.

Las principales controversias que rodean a esta institución, particularmente el arrastre de terceros no signatarios y los límites impuestos por la legítima, han encontrado respuestas doctrinales satisfactorias, pero siguen admitiendo mucha discusión por su compleji-

22 DIEZ-PICAZO., *op. cit.*

23 DIEZ-PICAZO., *op. cit.*

24 GOMÁ., *op. cit.*

dad. Por un lado, la aceptación de la herencia como consentimiento tácito del convenio arbitral se alinea con otras figuras jurídicas similares en el derecho de sociedades y propiedad horizontal. Por otro lado, una interpretación flexible pero respetuosa del artículo 10 de la LA permite extender el arbitraje testamentario a herederos forzosos en aquellas controversias que no afecten a la legítima estricta, ampliando significativamente su ámbito de aplicación práctico.

Sus beneficios en términos de eficiencia procesal, especialización en la resolución de conflictos y respeto a la voluntad del testador justifican plenamente un mayor protagonismo en la práctica sucesoria española. En este sentido, resultaría conveniente una reforma legislativa que clarifique definitivamente las cuestiones más controvertidas, particularmente en lo referente a la vinculación de herederos forzosos. En definitiva, tal y como afirma el profesor Hinojosa Segovia el objetivo de cualquier futura regulación adecuada de esta figura no debe buscar otra cosa que no sea «que la elección del arbitraje no se haga por huir de la jurisdicción, sino porque la elección obedezca a la mayor idoneidad del medio para resolver el asunto particular de que se trate»²⁵.

5. Bibliografía

5.1. Autores

BUCHALTER MONTERO, B., «Arbitraje instituido por disposición mortis causa», en *Revista Boliviana de derecho*, n.º 34 julio 2022, pp. 498-533.

DE PRADA, C., «El arbitraje testamentario», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 58, 2014, <https://legado.elnotario.es/hemeroteca/revista-56/3795-el-arbitraje-testamentario>, última consulta 14 de febrero de 2025.

DÍEZ-PICAZO, L. Y PONE DE LEÓN, L., «Comentario al art. 10», en **GONZÁLEZ SORIA, J.** (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 22 de diciembre*, Aranzadi, Madrid, 2004, p. Inúmero de página específica.

GOMÁ, I., «Frente al conflicto hereditario, el arbitraje testamentario (Por una reforma)», *Hay derecho*, 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/11/14/frente-al-conflicto-hereditario-el-arbitraje-testamentario-por-una-reforma/>, última consulta 14 de febrero de 2025.

25 **HINOJOSA SEGOVIA, R.**, «El arbitraje testamentario en las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 36/1988, de 5 de diciembre», *El notario del siglo XXI*, n.º 119, 2025, <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11081-el-arbitraje-testamentario-en-las-leyes-de-arbitraje-de-22-de-diciembre-de-1953-y-36-1988-de-5-de-diciembre>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ed. Dykinson, Madrid 2014, pp. 210.

GARCÍA PÉREZ, C., *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 152 a 166.

GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, T. «El arbitraje en el derecho Romano como medio alternativo y adecuado de resolución de controversias». *Anuario de la Facultad de Derecho*, 38, 2022, 517-544.

HINOJOSA SEGOVIA, R., «El arbitraje testamentario en las Leyes de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 36/1988, de 5 de diciembre», *El notario del siglo XXI*, n.º 119, 2025., <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/11081-el-arbitraje-testamentario-en-las-leyes-de-arbitraje-de-22-de-diciembre-de-1953-y-36-1988-de-5-de-diciembre>

5.2. Jurisprudencia

- Sentencia Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1908.
- Sentencia Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1918.
- Sentencia Tribunal Supremo de 24 de junio de 1940.
- Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado de 1 de septiembre de 1902.
- Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado 25 de septiembre de 1903.
- Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado de 28 de marzo de 1944.

5.3. Legislación

- Ley 60 /2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, Publicado en BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en la Gaceta de Madrid núm. 206 de 25 de julio de 1889.



CONEDE

CONSEJO NACIONAL DE ESTUDIANTES DE DERECHO