

Claves Jurídicas

Director ejecutivo: Fernando Javier Cremades López de Teruel
Editor: Jesús Sancho Alonso
ISSN: 3020-1608

Editada por:
Dykinson, S.L.

Comunicación con la Revista
revista@clavesjuridicas.com

N.º 2. Julio-Diciembre 2023

Sumario

Págs.

DE SAN BERNARDO A REDMON PASANDO POR LANGLEY: HISTORIA DE UN VIAJE SIN CONTROL

Por Fernando Javier Cremades López de Teruel

02-23

LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por Sara Gamón López

24-56

LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO. VULNERACIÓN DE LOS DDHH DE MUJERES Y MENORES

Por Elena del Pilar Ramallo Miñán

57-96

APUNTES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SUS CONSECUENCIAS

Por Alfredo Martínez Guerrero

97-133

LA DESVIRTUACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD REALIZADA POR LOS ALTOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Por Ricardo Ignacio Bachmann Fuentes

134-171

Licencia de las obras Pág. 172

Consejo editorial y Comité científico Pág. 173

Normas de publicación Pág. 174

Edición semestral

ISSN 3020-1608

Editado en Madrid
(España)

por

Dykinson, S.L.

DE SAN BERNARDO¹ A REDMON² PASANDO POR LANGLEY³: HISTORIA DE UN VIAJE SIN CONTROL

From St. Bernard to Redmon via Langley: a story of uncontrolled travel

Por Fernando Javier Cremades López de Teruel

Doctorando en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Letrado de la Administración de Justicia

cremades_ferlop@gva.es

Artículo recibido: 15/04/23 | Artículo aceptado: 19/06/23

RESUMEN

Anuladas por el TJUE las Decisiones de la Comisión europea llamadas “Puerto seguro” y “Escudo de la privacidad”, los Estados miembros de la UE empiezan a desaconsejar, sino a prohibir, el uso en sus centros educativos, administración es públicas y programas de salud pública la suite ofimática Office 365 por incumplir las exigencias del Reglamento General de Protección de Datos (UE), permitir a Microsoft el acceso a datos personales de los usuarios, transferirlos a EE.UU., y posibilitar a las agencias de inteligencia estadounidenses el acceso a los mismos. Mientras, el sistema judicial español, sin control, vigilancia ni advertencia alguna, se lanza en brazos de Microsoft y de su línea de productos. Este trabajo es una guía del viaje que hacen los datos personales que son tratados en los juzgados y tribunales españoles a la sede del FBI en EE.UU.

ABSTRACT

Annuls by the Court of Justice of the European Union the Decisions of the European Commission called "Safe Harbor" and "Privacy Shield", the EU Member States begin to discourage, if not to prohibit, the use in their educational centers, public administrations and public health programs the office suite Office 365 for failing to comply with the requirements of the General Data Protection Regulation (EU), allowing Microsoft access to users' personal data, transfer them to the U.S., and enable U.S. intelligence agencies to access them. Meanwhile, the Spanish judicial system, without any control, surveillance or warning, it is launched into the arms of Microsoft and its product line. This work is a guide to the journey made by personal data that are processed in the Spanish courts and tribunals to the headquarters of the FBI in the USA.

¹ Calle San Bernardo 45, 28015, Madrid. Sede del Ministerio de Justicia de España.

² Redmond, Washington, Estados Unidos. Sede corporativa de Microsoft.

³ Langlay, Virginia, Estados Unidos. Oficinas centrales de la CIA.

PALABRAS CLAVE

Datos, Judicial, Microsoft, Transferencia, Schrems, Control, Puerto, Escudo, Infracción, Estado, Facebook, Google, Office 365.

KEYWORDS

Data, Judicial, Microsoft, Transfer, Schrems, Control, Port, Shield, Infringement, Status, Facebook, Google, Office 365.

Sumario: 1. Maximilian Schrems. 2. La Decisión *Safe Harbor* o puerto seguro. 3. Schrems I. 4. Schrems II. 5. ¿Y tras Schrems I y Schrems II?. 6. Hablemos del sistema judicial español. 7. Y, finalmente, las claves de este viaje (y sus coordenadas). 8. Bibliografía.

Dedicado a Sonia, Alfredo y Jesús,
porque la medida del estímulo no es el número sino la intensidad.

1. Maximilian Schrems

Este relato principia con Maximilian Schrems, un estudiante austríaco usuario de la red social Facebook. Maximilian presentó el 25 de junio de 2013 una reclamación ante la autoridad de control irlandesa en materia de protección de datos de carácter personal por la que solicitaba que se prohibiese a Facebook Ireland la transferencia de sus datos personales a servidores pertenecientes a Facebook Inc. ubicados en territorio de los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.).

El Reglamento General de protección de Datos (en adelante, RGPD)⁴ dedica sus artículos 44 a 50 a la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. De su contenido podemos extraer las siguientes conclusiones:

1) la transferencia de datos de carácter personal a un país tercero solo puede llevarse a cabo, en principio, si el país tercero en cuestión garantiza un nivel de protección adecuado a dichos datos⁵;

⁴ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁵ Artículo 44 del RGPD: “Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado.”

- 2) se podrá realizar una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión Europea haga constar que un país tercero, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, garantiza un nivel de protección adecuado⁶;
- 3) a falta de esta decisión de adecuación, la transferencia de datos solo podrá realizarse si el exportador de datos personales, establecido en la Unión Europea (en adelante, UE), ofrece garantías adecuadas, que pueden derivar de cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, y si los interesados cuentan con derechos exigibles y acciones legales efectivas⁷; y
- 4) en este caso de ausencia de una decisión de adecuación o de garantías adecuadas, la transferencia de datos únicamente se realizará si se cumple alguna de las condiciones siguientes⁸:
- a) el interesado ha dado explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta;
 - b) la transferencia es necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento, o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado;
 - c) la transferencia es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica;
 - d) la transferencia es necesaria por razones importantes de interés público;

⁶ Artículo 45.1 del RGPD: "Podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica."

Artículo 45.3 del RGPD: "La Comisión, tras haber evaluado la adecuación del nivel de protección, podrá decidir, mediante un acto de ejecución, que un tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de un tercer país, o una organización internacional garantizan un nivel de protección adecuado a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. El acto de ejecución establecerá un mecanismo de revisión periódica, al menos cada cuatro años, que tenga en cuenta todos los acontecimientos relevantes en el tercer país o en la organización internacional. El acto de ejecución especificará su ámbito de aplicación territorial y sectorial, y, en su caso, determinará la autoridad o autoridades de control a que se refiere el apartado 2, letra b), del presente artículo. El acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2."

⁷ Artículo 46.1 del RGPD: "A falta de decisión con arreglo al artículo 45, apartado 3, el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas."

Artículo 46.2, letra c), del RGPD: "cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2; (...)"

⁸ Artículo 49.1 del RGPD.

- e) la transferencia es necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones;
- f) la transferencia es necesaria para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento;
- g) la transferencia se realiza desde un registro público que tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo.

Para el caso de que una transferencia no pueda basarse en una decisión de adecuación o de las garantías adecuadas, y tampoco le resulten aplicables las excepciones a que hemos hecho referencia, solo se podrá llevar a cabo si no es repetitiva, afecta solo a un número limitado de interesados, es necesaria a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses o derechos y libertades del interesado, y el responsable del tratamiento evalúa todas las circunstancias concurrentes en la transferencia de datos y, basándose en esta evaluación, ofrece garantías apropiadas con respecto a la protección de datos personales.

Como sabemos el modelo regulatorio que acoge la UE en materia de protección de datos de carácter personal es horizontal, esto es, una norma general que afecta a todos los órdenes, ámbitos y actividades. Al tiempo de los acontecimientos que estamos relatando, era la Directiva 95/46 y, en la actualidad, es el RGPD.

Sin embargo, otros países adoptan otro tipo de planteamientos normativos y éstos se deben sujetar a los requisitos de adecuación que la normativa de la UE exige para que se les puedan transferir datos.

Uno de estos países es EE.UU. Si bien cuenta con una serie de regulaciones sectoriales en la materia -es más, algunos de sus Estados han dictado normas sobre privacidad-, carece formalmente de una norma federal que sea de aplicación general y uniforme. Esto determinó la necesidad de convenir un punto de encuentro para posibilitar las transferencias de datos de la UE a aquel país salvando las restricciones que para estos casos imponía la Directiva 95/46.

El primero de estos puntos de encuentro fue lo que se vino a llamar *Safe Harbor* o principios de puerto seguro, un sistema de autorregulación adoptado por el Departamento de Comercio de EE.UU. al que se podían adherir las empresas en ese país bajo el compromiso de cumplir las reglas consignadas en su texto. En el año 2000 la Comisión Europea declaró adecuado este sistema dando lugar a la Decisión 2000/520.

Retornando a Maximilian Schrems, como todo usuario de la red social Facebook residente en el territorio de la UE, en el momento de su inscripción a este servicio está obligado a aceptar un contrato con Facebook Ireland, filial de

Facebook Inc., domiciliada ésta última en EE.UU., en cuya virtud sus datos personales se transfieren, en todo o en parte, a servidores pertenecientes a Facebook Inc, situados en el territorio de EE.UU., donde son objeto de tratamiento.

Por tal razón, Schrems reclamó a la autoridad de control irlandesa que, en cumplimiento de sus competencias, prohibiese a Facebook Ireland transferir sus datos personales a EE.UU. Para ello alegó que el Derecho y las prácticas de los EE.UU. no ofrecían suficiente protección frente al acceso a los datos transferidos a ese país por parte de sus autoridades públicas. Es más, afirmó la inquietud que habían generado las revelaciones de Edward Snowden⁹ sobre las actividades de los servicios de información de aquel país, en particular las de la Agencia Nacional de Seguridad¹⁰.

La autoridad de control le respondió que nada podía hacer dado que Facebook, al igual que otras relevantes compañías estadounidenses, estaba adherida a la llamada Decisión *Safe Harbor*.

2. La Decisión *Safe Harbor* o puerto seguro

En un momento álgido de la preocupación por la protección de los datos de carácter personal y el desarrollo tecnológico asociado al tratamiento masivo de los datos, las diferencias normativas entre la UE y los EE.UU. eran tan grandes que la legislación europea impedía transferir datos a estos últimos al no contar con unas determinadas exigencias de seguridad.

Esto llevó en el año 2000 a que la Comisión Europea y las autoridades norteamericanas alcanzaran un acuerdo que dotase de un mínimo de seguridad jurídica a la transmisión internacional de datos. Este acuerdo fue la Decisión 2000/520 de la Comisión, de 26 de julio, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América¹¹. Con esta Decisión la Comisión venía a declarar que los principios de puerto seguro garantizaban un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos desde la UE a entidades establecidas en los EE.UU.

⁹ Edward Joseph Snowden (Elizabeth City, Carolina del Norte; 21 de junio de 1983) es un consultor tecnológico estadounidense y naturalizado ruso, ex empleado de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA). En junio de 2013, a través de los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, Snowden hizo públicos documentos clasificados como alto secreto sobre varios programas de la NSA, incluyendo los programas de vigilancia masiva PRISM y XKeyscore.
https://es.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

¹¹ DO 2000, L 215, p. 7

La calificación “puerto seguro” era concedida por la Comisión europea, proporcionaba al favorecido una presunción de cumplimiento de una serie de principios para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, y le dispensaba de la obligación de tener que cumplir cada uno de los requisitos particulares impuestos por el Estado nacional de la persona titular de los datos afectados.

Los criterios evaluados por la Comisión para conceder esta calificación iban desde la existencia de medios de información para los afectados, la posibilidad de oposición de éstos, la seguridad e integridad de los datos, y hasta los medios de acceso o la posibilidad de satisfacción de los derechos de los interesados.

A este acuerdo se adhirieron, además de Facebook, compañías como Google, Amazon y Apple, lo que les permitió su reconocimiento como puertos seguros y, en consecuencia, establecer un tráfico fluido de datos entre la UE y los EE.UU. Este acuerdo no significó un reconocimiento de seguridad para toda la nación sino, exclusivamente, para aquellas empresas que por aplicar las buenas prácticas establecidas por el organismo regulador les permitía obtener su reconocimiento como puerto seguro.

En definitiva, dado que Facebook tenía reconocida la condición de puerto seguro y se debía presumir un tratamiento de datos adecuado a las garantías exigidas por la Unión Europea, la autoridad de control irlandesa desestimó la reclamación.

Frente a esta decisión, Schrems presentó una reclamación ante el Tribunal Supremo irlandés que, a su vez, el 25 de julio de 2014, elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de las garantías que ofrecía Facebook en relación con el tratamiento de sus datos personales, y sobre el cumplimiento de las obligaciones y garantías que impone la legislación europea para que se pueda autorizar una transferencia de datos a EE.UU.¹².

¹² Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland (Irlanda) el 25 de julio de 2014—Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner (Asunto C-362/14) (2014/C 351/06). Órgano jurisdiccional remitente High Court of Ireland Partes en el procedimiento principal. Demandante: Maximillian Schrems. Demandada: Data Protection Commissioner. Cuestiones prejudiciales:

1) En el marco de la resolución de una reclamación presentada ante una autoridad independiente a la que la ley ha conferido las funciones de aplicar y ejecutar la legislación en materia de protección de datos, en la que se afirma que se están transmitiendo datos personales a un tercer país (en el caso de autos, los Estados Unidos de América) cuya legislación y práctica no prevén supuestamente una protección adecuada de la persona sobre la que versan los datos, ¿está vinculada dicha autoridad en términos absolutos por la declaración comunitaria en sentido contrario contenida en la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000 (2000/520/CE), habida cuenta de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), no obstante lo dispuesto en el artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE? 2) O bien, con carácter subsidiario, ¿puede y/o debe realizar el titular del cargo su propia investigación del asunto a la luz de la evolución de los hechos que ha tenido lugar desde que se publicó por vez primera la Decisión de la Comisión? Asunto C-362/14: Petición de decisión prejudicial planteada por la

El tribunal si bien reconoció que la vigilancia electrónica y la interceptación de los datos personales transferidos desde la UE a EE.UU. servían a finalidades necesarias e indispensables para el interés público, no podía eludir que las revelaciones de Snowden habían demostrado que la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de los EE.UU., así como otros organismos federales, como el Federal Bureau of Investigation (FBI), habían cometido importantes excesos.

3. Schrems I

Hemos visto que el funcionamiento de la Decisión 2000/520 se basa, por un lado, en los compromisos y la autocertificación de las entidades que la han suscrito y, por otro, en su adhesión voluntaria y sus reglas vinculantes para los que los suscriben¹³.

Sin embargo, la aplicación de esta Decisión estuvo desde un primer momento sometida a un seguimiento que pronto empezó a arrojar conclusiones inquietantes que aconsejaban su revisión. Así, el 27 de noviembre de 2013 la Comisión adoptó la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento del puerto seguro desde la perspectiva de los ciudadanos de la UE y las empresas establecidas en la UE¹⁴, que plasmó las siguientes conclusiones:

- 1) la cada vez más extendida existencia en los Estados Unidos de programas de vigilancia que comprendían la recogida y el tratamiento de datos personales a gran escala;
- 2) una creciente preocupación por el nivel de protección de los datos personales de los ciudadanos de la UE transferidos a EE.UU. en el marco del régimen de puerto seguro;
- 3) la mayoría de las empresas estadounidenses más directamente relacionadas con los programas de vigilancia están certificadas en el marco del régimen de puerto seguro que se ha convertido en uno de los conductos a través de los cuales se da acceso a las autoridades de inteligencia estadounidenses para recopilar datos personales que proceden de la UE;
- 4) las autoridades estadounidenses pueden tratar los datos personales de los ciudadanos de la UE enviados a EE.UU. en el marco del régimen de puerto seguro más allá de lo estrictamente necesario para la protección de la seguridad nacional, y de forma incompatible con los motivos por los

High Court of Ireland (Irlanda) el 25 de julio de 2014 — Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner (europa.eu).

¹³ Artículo 1 de la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000. 2000/520/CE

¹⁴ Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE.UU.» [COM(2013) 846 final; en lo sucesivo, «Comunicación COM(2013) 846 final»]

que se recogieron inicialmente dichos datos en la Unión y con los fines por los que se transfirieron a EE.UU.;

5) las empresas estadounidenses certificadas no respetan los principios de puerto seguro, o no lo hacen plenamente.

6) las garantías previstas por la legislación estadounidense se refieren fundamentalmente a los ciudadanos estadounidenses, o a los residentes legales, no estando prevista la posibilidad de que los titulares de los datos, ya sean estadounidenses o de la UE, puedan acceder a sus datos, rectificarlos o suprimirlos, ni obtener reparación administrativa o judicial, en lo que respecta a la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales en virtud de los programas de vigilancia estadounidenses.

La Comisión concluía su Comunicación afirmando la necesidad urgente de debatir con las autoridades de EE.UU. las deficiencias detectadas para poder seguir manteniendo la aplicación del régimen de puerto seguro.

El clima de desconfianza era creciente, especialmente desde las revelaciones que realizó un excontratista de la NSA y la CIA, Edward J. Snowden, quien a través de la filtración de miles de documentos clasificados de alto secreto puso de manifiesto un sistema gubernamental de espionaje masivo de las telecomunicaciones globales. Los informes publicados en distintos medios de comunicación acreditaron la existencia una red de colaboración entre distintas agencias de inteligencia para una transferencia masiva de metadatos, registros y otras informaciones a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) de EE.UU.

El propio tribunal irlandés a la hora de plantear la cuestión prejudicial llegó a cuestionar la aplicabilidad de la Decisión puerto seguro a la luz de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵ así como de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12). Afirmó el tribunal que el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 7 de la Carta y por los valores esenciales comunes a las tradiciones de los Estados miembros quedarían sin contenido si se permitiera a los poderes públicos acceder a las comunicaciones electrónicas de manera aleatoria y generalizada, sin ninguna justificación objetiva y sin que esas prácticas se rodeen de garantías adecuadas y comprobables¹⁶.

¹⁵ “Artículo 7 Respeto de la vida privada y familiar Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Artículo 8 Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

¹⁶ (34) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

El tribunal fue más allá y entendió que, en definitiva, lo que pretende impugnar el Sr. Schrems es la propia validez de la Decisión de puerto seguro, de modo que lo que debe decidirse es si ante una denuncia de infracción de la Directiva 95/46¹⁷, por entonces vigente, la autoridad de control nacional está vinculada por la presunción de garantía que atribuye la Decisión, o bien puede cuestionarla e iniciar su propia investigación.

En definitiva, la High Court irlandesa preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si una decisión, como la 2000/520, por la que la Comisión constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, impide que una autoridad de control de un Estado miembro pueda examinar la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos personales transferidos desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona afirma que el Derecho y las prácticas en vigor en ese país no garantizan un nivel de protección adecuado¹⁸.

El TJUE respondió lo siguiente:

- a) la normativa europea sobre protección de datos personales prohíbe la transferencia de datos de ciudadanos europeos a un tercer país si éste no ofrece un nivel de protección adecuado¹⁹;
- b) por “nivel de protección adecuado” no se debe entender que este tercer país deba garantizar efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la UE por la Directiva 95/46, entendida a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Basta con que los medios aplicados en ese tercer país, aunque distintos, sean eficaces en la práctica para garantizar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la Unión²⁰;
- c) si bien la Comisión europea, a la hora de adoptar la Decisión 2000/520, debió comprobar que legislación aplicable en el tercer país al que se van a transferir los datos personales, así como la práctica empleada para asegurar su cumplimiento, es conforme a la normativa europea aplicable²¹, lo cierto es que los principios de

¹⁷ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Disposición derogada).

¹⁸ (37) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

¹⁹ (49) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

²⁰ (73) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

²¹ (75) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

puerto seguro que construyen la Decisión son aplicados, y exigidos, únicamente a las entidades estadounidenses autocertificadas como puerto seguro que reciben datos desde la UE, y sin que estos principios resulten exigibles a las autoridades públicas estadounidenses²²;

d) al reconocer la Decisión 2000/520 una primacía de las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley de EE.UU. sobre los principios de puerto seguro, se posibilita que las autoridades públicas estadounidenses puedan acceder a los datos personales que reciban de la UE estas empresas autocertificadas, sin límite alguno y sin establecer ninguna diferenciación, limitación o excepción, y sin un control de su utilización posterior a fines concretos y específicos²³;

e) en definitiva, la Decisión 2000/520 en ningún momento manifiesta que los EE.UU. garantizan efectivamente un nivel de protección adecuado en razón de su legislación interna o sus compromisos internacionales; tan solo establece un sistema de autocertificación y de presunción de adecuación, a través del compromiso de cumplimiento de unos principios de puerto seguro; aplicable exclusivamente a las empresas estadounidenses que reciben, almacenan y someten a tratamiento los datos que reciben de la UE; y no así a las autoridades públicas de los EE.UU. que sin límites ni restricciones, y por entender comprometida la seguridad nacional, el interés público o por exigencias de la ley de EE.UU. pueden acceder sin límites ni restricciones a estos datos y para los fines que consideren convenientes.

En consecuencia, el TJUE “sin que sea preciso apreciar el contenido de los principios de puerto seguro”, resuelve “que el artículo 1 de esa Decisión vulnera las exigencias establecidas por el artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46, entendido a la luz de la Carta, y es inválido por esa causa.”²⁴

Al tiempo, el TJUE manifiesta que la adopción de una Decisión por la que la Comisión Europea afirme que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado no impide que una autoridad de control de un Estado miembro pueda examinar cualquier solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades, frente al tratamiento de sus datos personales transferidos

²² (82) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

²³ (86, 87 y 93) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

²⁴ (98) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona alega que el Derecho y las prácticas en vigor en éste no garantizan un nivel de protección adecuado.

4. Schrems II

La invalidación de la Decisión 2000/520 por el TJUE determinó la necesidad de acordar un nuevo mecanismo para posibilitar las transferencias internacionales de datos de acuerdo con las exigencias normativas de la UE. Este nuevo instrumento fue la Decisión 2010/87²⁵, llamada *Privacy Shield*, y que se basaba en el modelo de cláusulas contractuales tipo que introdujo su precedente Decisión 2002/16. Con este mecanismo se pretende posibilitar la transferencia internacional de datos en base a la garantía que debe implicar la incorporación de cláusulas contractuales apropiadas, y que los Estados miembros no debían rechazar como garantías adecuadas al amparo de la Directiva 95/46.

De este modo, la Decisión 2010/87 viene a regular las cláusulas contractuales tipo y se limita a establecer que estas cláusulas pueden ser utilizadas por un responsable del tratamiento de datos establecido en la UE a fin de ofrecer garantías suficientes a los efectos del artículo 26, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE para la transferencia de datos personales a un encargado del tratamiento establecido en un tercer país²⁶.

Las cláusulas contractuales tipo se incluyen en el anexo de la Decisión y, se afirma, ofrecen las garantías adecuadas con respecto a la protección de la vida privada y de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los correspondientes derechos, según exige la Directiva 95/46/CE²⁷.

Anulada la Decisión 2000/520 y posibilitado que las autoridades de control nacionales puedan examinar cualquier solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de sus datos que se hayan transferido desde un Estado miembro a un tercer país, la autoridad de control irlandesa instó a Maximilian Schrems a que reformulara su reclamación.

En esta nueva reclamación Schrems afirma que los EE.UU. no ofrecen una protección suficiente de los datos que se transfieren a ese país, y solicita la suspensión o prohibición, de cara al futuro, de las transferencias de sus datos

²⁵ Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. [notificada con el número C(2010) 593] (2010/87/UE).

²⁶ (8) Decisión 2010/87/UE.

²⁷ Art. 1 de la Decisión 2010/87/UE.

personales desde la UE a los EE.UU. que Facebook Ireland lleva a cabo sobre la base de las cláusulas tipo de protección recogidas en la Decisión 2010/87²⁸.

Puesta en cuestión la Decisión 2010/87, la autoridad de control irlandesa motivó ante la High Court la necesidad de plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial al respecto.

Al tiempo, la UE y los EE.UU. firmaron en 2016 un acuerdo, llamado “Escudo de la privacidad UE-EE.UU.”, que venía a sustituir al de puerto seguro, consistente en el ofrecimiento de una serie de garantías por parte de los EE.UU. en materia de protección de los datos personales recibidos por transferencia de un Estado miembro de la UE y que la Comisión Europea venía a considerar adecuadas y, por ende, compatibles con las exigencias de la legislación de la Unión²⁹.

Afirmaba la Comisión Europea que el Escudo de la privacidad UE-EE.UU. recogía los requisitos establecidos por el TJUE en su sentencia de 6 de octubre de 2015, en la que declaraba inválido el antiguo marco de puerto seguro. El nuevo mecanismo, afirmaba su oficina de prensa, imponía obligaciones más estrictas a las empresas de los EE.UU. y obligaba al Departamento de Comercio de los Estados Unidos y a la Comisión Federal de Comercio (FTC) a un mayor nivel de seguimiento y de ejecución, incluso mediante una mayor cooperación con las autoridades europeas de protección de datos. El nuevo mecanismo incluía compromisos asumidos por los EE.UU. que garantizaban que las posibilidades de acceso de sus autoridades nacionales a los datos personales transferidos en virtud de este mecanismo estarían sujetas a unas limitaciones, condiciones y supervisión claras que impidiesen un acceso generalizado. Así mismo, los europeos tendrían la posibilidad de formular cualquier pregunta o reclamación en este contexto a un nuevo Defensor del Pueblo específico³⁰.

En la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, el Tribunal Supremo irlandés planteó tres cuestiones básicas: la adecuación al RGPD de las transferencias de datos personales a terceros países basadas en cláusulas tipo de protección y las exigencias de garantía y control que deben incumbir a las autoridades de control nacionales; la validez de la Decisión 2010/87 sobre las cláusulas contractuales tipo; y la validez de la Decisión Escudo de la privacidad³¹.

El TJUE en su resolución tomó las siguientes decisiones:

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comunicado de prensa n.º 91/20. Luxemburgo, 16 de julio de 2020. Sentencia en el asunto C-311/18 Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems y Facebook Ireland.

²⁹ 8 Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (DO 2016, L 207, p. 1).

³⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_216

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0311&from=ES>

1) declaró que la naturaleza contractual de la Decisión 2010/87 no había de afectar a su validez por el simple hecho de no ser vinculante para las autoridades públicas del tercer país importador de los datos. No obstante, hizo depender esta validez de que la Decisión incluyese mecanismos eficaces que garantizaran, en la práctica, que el nivel de protección exigido por el RGPD fuese respetado y que las transferencias de datos personales basadas en estas cláusulas pudiesen ser suspendidas o prohibidas en caso de su incumplimiento.

2) declaró inválida la Decisión Escudo de la privacidad³² al afirmar que la legislación estadounidense impone limitaciones a la protección de los datos personales, especialmente con relación a algunos programas que permiten a las autoridades públicas estadounidenses acceder a los datos personales transferidos desde la UE a los EE.UU. con fines de seguridad nacional, de modo que no ofrece unas garantías sustancialmente equivalentes a las que exige el RGPD, y sin que se proporcionase a los titulares de los datos recurso judicial alguno para formular reclamaciones contra las autoridades de los EE.UU.

3) finalmente, en relación al papel que deben desempeñar las autoridades de control nacionales en el contexto de una transferencia de esas características, el Tribunal declaró que, salvo que exista una decisión de adecuación válidamente adoptada por la Comisión, están obligadas a suspender o a prohibir una transferencia de datos personales a un país tercero cuando consideren, a la vista de las circunstancias particulares, que las cláusulas tipo de protección de datos no se respetan o no pueden respetarse en ese país y que la protección de los datos transferidos, en los términos exigidos por el Derecho comunitario, no puede garantizarse mediante otros medios³³.

5. ¿Y tras Schrems I y Schrems II?

Tras la anulación de las Decisiones de puerto seguro y de Escudo de la privacidad, algunos Estados miembros de la UE empezaron a mostrar severa inquietud por las masivas transferencias de datos personales a EE.UU. a través

³² Decisión 2016/1250 sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE- EEUU.

³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comunicado de prensa nº 91/20 Luxemburgo, 16 de julio de 2020. Sentencia en el asunto C-311/18 Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems y Facebook Ireland.

del uso extensivo de software propietario y de redes sociales de titularidad de empresas norteamericanas.

A) En Francia

La Conférence des présidents d'université y la Conférence des grandes écoles en 2021 pidieron a la autoridad francesa de control de protección de datos (CNIL) su consideración sobre la compatibilidad de ciertas herramientas de computación en nube de empresas con sede en EE.UU. con las exigencias del RGPD en materia de transferencia internacional de datos.

La invalidación de la Decisión de Escudo de la privacidad por el TJUE generó una enorme preocupación por el uso, en los centros escolares, universitarios y de investigación, de programas como Microsoft Office 365 y Google Workspace que afectaba a una gran cantidad de usuarios, entre estudiantes, investigadores, profesores y personal administrativo, y la capacidad de estas herramientas de procesar una inmensa cantidad de datos, algunos de los cuales podían ser extraordinariamente sensibles (datos de salud, datos de investigación o datos relacionados con menores etc.).

Es más, el ministro francés de educación nacional y juventud, el 30 de agosto de 2022 informó ante la Asamblea Nacional³⁴ que las versiones gratuitas de Microsoft Office 365 y Google Workspace no debían usarse en las escuelas al considerar que no cumplen las exigencias del RGPD, especialmente desde la sentencia Schrems II, generando un problema de soberanía de datos relacionados con su almacenamiento en un servicio de nube estadounidense³⁵.

Finalmente, las autoridades francesas determinaron que los servicios en la nube de Microsoft y Google que almacenan datos personales en los EE.UU. no cumplen con la legislación comunitaria ni con las exigencias del TJUE.

Por las mismas razones se puso en entredicho la “Health Data Hub”³⁶, una infraestructura creada el 30 de noviembre de 2019 con el objetivo de facilitar la centralización y el intercambio de los datos de salud de toda la población tratada en Francia para promover la investigación, y que se puso en servicio de forma anticipada en abril de 2020 para atender la crisis sanitaria del COVID. Se encomendó el alojamiento de la plataforma a Microsoft Azure lo que llevó a diversas asociaciones y profesionales, consecuencia de la sentencia Schrems II, a interponer un recurso ante el Consejo de Estado a fin de solicitar su suspensión.

El Consejo de Estado francés solicitó de la autoridad de control francesa sus observaciones al respecto, manifestando ésta que la elección de un alojamiento sometido al derecho estadounidense era incompatible con las exigencias del TJUE en materia de protección de la privacidad.

³⁴ https://questions.assemblee-nationale.fr/static/16/questions/fo/fo_anq_202234.pdf

³⁵ https://www.theregister.com/2022/11/22/france_no_windows_google/

³⁶ <https://www.cnil.fr/fr/la-plateforme-des-donnees-de-sante-health-data-hub>

El Consejo de Estado, a su vez, reconoció el riesgo de que los servicios de inteligencia estadounidenses pudiesen acceder a los datos de salud de los ciudadanos franceses y afirmó el deber de Microsoft de abstenerse de transferir datos de salud a Estados Unidos.

Finalmente, el Secretario de Estado de Asuntos Digitales, el 8 de octubre de 2020 anunció ante el Senado la voluntad del Gobierno de trasladar el Health Data Hub a plataformas francesas o europeas³⁷.

B) En Alemania

El 22 de septiembre de 2020 la Conferencia de las Autoridades de Protección de Datos alemanas (DSK³⁸) sometió a evaluación el programa de Microsoft, Office 365, por la posible infracción requisitos del artículo 28, apartado 3, del RGPD.

Office 365 es un producto propiedad de la empresa tecnológica Microsoft, basado en la nube, y que incluye aplicaciones como Microsoft Teams, Word, Excel, PowerPoint, Outlook y OneDrive. Este producto informático se construye sobre un sistema de código cerrado, también llamado “software propietario”, que se caracteriza, en contraposición a los llamados “software libre” o de “código abierto”, porque los usuarios desconocen absolutamente el contenido del programa y, por tanto, si existe dentro de las líneas del código de programación alguna amenaza contra su equipo o su información.

Consecuencia de esa evaluación se llegó a la conclusión de que “no era posible utilizar Microsoft Office 365 de forma que cumpliera los requisitos de protección de datos”³⁹.

En su reunión del 22 de septiembre de 2020, el DSK creó un grupo de trabajo bajo la dirección de Brandenburg y la Oficina Estatal de Supervisión de Protección de Datos de Baviera (BayLDA) para entablar conversaciones con Microsoft “con el fin de introducir rápidamente mejoras conformes con la protección de datos y a las normas de transferencias a terceros países para la aplicación de la Schrems II”⁴⁰.

El informe se cerró el 10 de octubre de 2022 y concluyó que la suite de ofimática Microsoft Office 365 incumple las exigencias del RGPD: almacena datos de menores de edad; permite a Microsoft el acceso a datos no cifrados de los usuarios; transfiere los datos de los usuarios a EEUU, y se reserva el derecho a posibilitar el acceso a los mismos de las autoridades estadounidenses; no se revela plenamente qué operaciones de tratamiento tienen lugar, cuáles se llevan a cabo por cuenta del cliente, ni cuáles se realizan para sus propios fines; no se

³⁷ <https://www.cnil.fr/fr/la-plateforme-des-donnees-de-sante-health-data-hub>

³⁸ <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/>

³⁹ https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf

⁴⁰ https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf

define qué datos personales se tratan para lo que Microsoft denomina fines empresariales "legítimos", o ahora "actividades empresariales"; no revela la base jurídica en que fundamenta la transferencia de los datos personales para su posterior tratamiento para los fines de Microsoft, especialmente datos de telemetría y diagnóstico que Microsoft recopila a gran escala y, fundamentalmente, con fines interesados⁴¹.

En definitiva, el informe concluye que el uso de Microsoft Office 365 resulta inadecuado para su uso en centros escolares y órganos de la administración pública, debido a la falta de transparencia a la hora de recabar datos, su tratamiento, propósitos y fines de este tratamiento, y accesos masivos por las autoridades estadounidenses con infracción del art. 48 del RGPD.

Al tiempo, el DSK recomienda a las empresas y usuarios privados que no utilicen Microsoft 365 dado que no existen garantías de que Microsoft maneje la información recopilada de forma respetuosa con la privacidad.

C) Otros países de la Unión Europea

Las autoridades de protección de datos de Dinamarca y Holanda han puesto en entredicho el cumplimiento por parte de Google de las exigencias del RGPD. Particularmente, las escuelas danesas deben dejar de usar el correo electrónico y los servicios en la nube de Google por violar los estándares de privacidad definidos por el RGPD⁴².

6. Hablemos del sistema judicial español

En 2017, el Ministerio de Justicia anunció "en el marco de las actuaciones que se están realizando para realizar la transformación digital de la Justicia", la instalación de Microsoft Office 365 a los jueces, magistrados, fiscales y letrados de la Administración de Justicia⁴³.

En 2021 el Ministerio de Justicia dotó de licencias de Office 365 a todos los fiscales en todo el territorio español, con posibilidad de acceso al conjunto de herramientas colaborativas y de comunicación de la plataforma Teams⁴⁴.

En agosto de 2021, la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia envió una comunicación a las sedes judiciales recomendando el uso del navegador Microsoft Edge para una mejor experiencia con el uso de las aplicaciones de Microsoft 365.

⁴¹ https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf

⁴² <https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2022/jul/datatilsynet-nedlaegger-behandlingsforbud-i-chromebook-sag->

⁴³ Justicia Digital. Nº 18 de 9 de marzo de 2017. ISSN 2530-2019

⁴⁴ https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/indice.html

En 2021, el Gobierno Vasco encarga a la Sociedad Informática del Gobierno Vasco EJIE, S.A. el diseño e implantación inicial de la solución de Office 365 en la red sectorial de Justicia⁴⁵.

En junio de 2022, la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia comunicaba a las sedes judiciales del ámbito territorial competencial del Ministerio de Justicia la actualización del editor de textos del sistema de gestión procesal “Minerva” al paquete Microsoft Office 365 con el propósito de “proporcionar un mayor rendimiento y mejor gestión en la edición y elaboración de los documentos judiciales”.

En 2023, el CGPJ ha contratado a una sociedad limitada el suministro de licencias Office 365 y otros productos Microsoft con destino al propio Consejo General del Poder Judicial⁴⁶.

En junio de 2023, la Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública de la Generalitat Valenciana anuncia que deja de utilizar la suite ofimática Libre Office y va a iniciar la implantación del software Microsoft 365 en la Administración de Justicia, entre otras. Solicita a todos los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana a través de los respectivos correos corporativos, ahora Outlook, la conversión de todos los documentos antiguos generados con Libre Office a las nuevas herramientas corporativas de Microsoft. Se programa el tránsito de software entre junio y diciembre de 2023.

El artículo 236 ter de la LOPJ establece que el tratamiento de los datos personales llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales y fiscalías de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina judicial y fiscal, se regirá por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, la Ley Orgánica 3/2018 y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de las especialidades establecidas en el presente Capítulo y en las leyes procesales.

Este precepto nos conduce al artículo 51 del RGPD que ordena a cada Estado miembro que una o varias autoridades de control asuman la supervisión de la aplicación del Reglamento. En el caso de España esta función se ejerce con carácter general por la Agencia Española de Protección de Datos, excepto para los juzgados y tribunales. Así, el Considerando 20 del RGPD establece que, para preservar la independencia del poder judicial, el control del tratamiento de los datos personales cuando los tribunales actúen en el ejercicio de su función judicial se habrá de encomendar a organismos específicos establecidos dentro del sistema judicial del Estado miembro.

⁴⁵ https://www.euskadi.eus/anuncio_contratacion/encargo-sociedad-informatica-del-gobierno-vasco-ejie-s-diseno-e-implantacion-inicial-solucion-office-365-red-sectorial-justicia/web01-tramite/es/

⁴⁶ https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=An%2BoAAHEdNamq21uxhbaVQ%3D%3D

El artículo 236 octies⁴⁷ de la LOPJ se ocupa, entre otras cosas, de determinar las competencias del CGPJ y de la Fiscalía General del Estado como afirmadas autoridades de control respecto de las operaciones de tratamiento efectuadas con fines jurisdiccionales por los Juzgados, Tribunales, Fiscalías y las Oficinas judicial y fiscal.

Por su parte, el artículo 236 nonies se dedica a articular estructuralmente el catálogo competencial del artículo anterior creando una Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos con la que se pretende materializar la nombrada condición del CGPJ como autoridad de control respecto del tratamiento de datos personales que realizan los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de sus funciones judiciales.

El RGPD establece en sus artículos 51 a 59 los requisitos, exigencias y garantías que ha de cumplir toda autoridad de control. Así, ha de ser independiente, con recursos propios, materiales, personales y financieros, y, en concreto, que el miembro o los miembros de cada autoridad de control sean ajenos a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no soliciten ni admitan ninguna instrucción; ha de disponer en todo momento de los recursos humanos, técnicos y financieros, así como de los locales y las infraestructuras necesarios para el cumplimiento efectivo de sus funciones y el ejercicio de sus poderes; ha de elegir y disponer de su propio personal; y ha de estar sujeta a un control financiero que no afecte a su independencia, disponiendo de un presupuesto anual, público e independiente.

Por su parte, la LOPJ plantea un modelo estructural en el que el CGPJ se presenta como autoridad de protección de datos personales con fines jurisdiccionales, no obstante estar sometido, en el ejercicio de sus competencias en esta materia, a la Agencia Española de Protección de Datos⁴⁸ y, al tiempo, deriva el ejercicio de estas atribuidas competencias de control a un órgano cuya jefatura depende del Pleno del propio CGPJ. En definitiva, todo un juego arquitectónico para evitar cumplir los requisitos, exigencias y garantías que impone el RGPD a toda autoridad de control que pretenda serlo.

El resto del artículo orgánico se dedica a recoger algunas de las condiciones que el RGPD dispone para los miembros de las autoridades de control en cuestiones como experiencia y aptitudes técnicas, mandato y régimen de incompatibilidades, y que, sin embargo, la LOPJ atribuye exclusivamente a la persona titular de la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos, no así al resto del personal que vaya a estar adscrito a la citada Dirección.

Si acudimos a los artículos 53 y 54 del RGPD dedicados a las condiciones generales aplicables a los miembros de la autoridad de control, y a las normas

⁴⁷ Según redacción de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo. [Ref. BOE-A-2021-8806](#)

⁴⁸ Artículo 236 decies de la LOPJ

relativas al establecimiento de la autoridad de control, respectivamente, podemos comprobar que las condiciones de pertenencia, titulación, cualificación y experiencia, cese o destitución en su función, las cualificaciones y condiciones de idoneidad necesarias, los procedimientos para el nombramiento, la duración del mandato, el carácter renovable o no del mandato, las condiciones por las que se rige su ejercicio, las prohibiciones relativas a acciones, ocupaciones y prestaciones incompatibles con el cargo durante el mandato y después del mismo, lo son, todas ellas, para ser nombrado miembro de la autoridad de control, determinar las condiciones de ejercicio de su mandato y hasta su terminación.

Sin embargo, la LOPJ se ocupa, tan solo, de determinar las condiciones del titular de la Dirección de Supervisión. Para el resto de sus miembros, así como para la organización y dirección de esta Dirección de Supervisión, el apartado 6 del artículo comentado ordena que serán objeto de regulación reglamentaria. Y ello a pesar de que los artículos 52 y 54 del RGPD disponen que todas estas condiciones han de ser reguladas por una norma con rango de ley.

Es tal la interdependencia entre el CGPJ y su Dirección de Supervisión que no se deslinda debidamente qué órgano pretende ostentar la cualidad de autoridad de control del sistema judicial. Más bien, todo apunta a que las debilidades estructurales y las dependencias orgánicas del CGPJ en materia de protección de datos personales parecen haber aconsejado derivar las exigencias de la normativa europea en favor de un órgano dependiente reglamentariamente sobre el que construir una suerte de autoridad derivada y con la que salvar una apariencia de regularidad formal.

¿Y el Ministerio Fiscal? El artículo 20.4 del EOMF prevé que en la Fiscalía General del Estado exista una Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos que ejercerá las competencias que corresponden a la autoridad de protección de datos con fines jurisdiccionales sobre el tratamiento de los mismos realizado por el Ministerio Fiscal.

Actualmente no hay constituida en la Fiscalía General del Estado autoridad de control alguna.

7. Y, finalmente, las claves de este viaje (y sus coordenadas)

Iniciábamos este trabajo proponiendo al lector la guía de un viaje: el que realizan los datos de carácter personal desde que son tratados por un tribunal español para los fines propios de su función judicial y hasta su llegada a la retina de algún agente de la inteligencia estadounidense.

A partir de aquí, son varias las coordenadas que localizan los caminos y ubican las sucesivas paradas de ese viaje, estando ya en condiciones de ofrecer los *grados, minutos y segundos* que habrán de servir como sistema de referencia de sus causas, razones e inercias.

Así, hemos de aplicar a este peculiar navegador GPS un Ministerio de Justicia y unas Comunidades Autónomas con las competencias transferidas en materia de justicia que licitan, negocian, contratan y controlan los programas, herramientas y aplicaciones informáticas que se utilizan para gestionar y tramitar los procedimientos judiciales, así como la actividad y comunicaciones de los miembros de los órganos judiciales; una Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos del CGPJ que no es la autoridad de control del sistema judicial porque no cumple las requisitos, exigencias y garantías de los artículos 51 a 59 del RGPD⁴⁹; un CGPJ que tampoco es autoridad de control del sistema judicial porque es un órgano gubernativo sometido a la Agencia Española de Protección de Datos⁵⁰; una AEPD que desde la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2011⁵¹ no es competente para ejercer funciones inspectoras cuando se trata del tratamiento de los datos personales llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales y fiscalías de los procesos de los que sean competentes; y una Fiscalía General del Estado que tiene dibujada normativamente⁵² una Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos que, se dice, ejercerá las competencias que corresponden a la autoridad de protección de datos con fines jurisdiccionales sobre el tratamiento de los mismos realizado por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 236 octies de la LOPJ en el ámbito de sus competencias y facultades, y que, sin embargo, sigue sin concreción alguna⁵³.

En definitiva, invalidada por el TJUE la Decisión Escudo de privacidad, inoperativas las autoridades de control constituidas y silentes las autoridades correspondientes, los datos de carácter personal operados en el sistema judicial español viajan sin control a EE.UU. quedando a disposición, entre otros, de sus agencias de inteligencia.

8. Bibliografía

Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE.UU.» [COM(2013) 846 final; en lo sucesivo, «Comunicación COM(2013) 846 final»]

⁴⁹ CAPÍTULO VI “Autoridades de control independientes” del REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

⁵⁰ Art. 236 decies de la LOPJ.

⁵¹

<https://web.archive.org/web/20140716040555/http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/113782/sentencia-ts-sala-3-de-2-de-diciembre-de-2011-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-incompe>

⁵² Art. 20.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁵³ https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html

DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América [notificada con el número C(2000) 2441] (2000/520/CE)

Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. [notificada con el número C(2010) 593] (2010/87/UE).

Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (DO 2016, L 207, p. 1).

Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland (Irlanda) el 25 de julio de 2014—Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner (Asunto C-362/14) (2014/C 351/06).

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2000/C 364/01)

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Disposición derogada).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comunicado de prensa n.º 91/20. Luxemburgo, 16 de julio de 2020. Sentencia en el asunto C-311/18 Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems y Facebook Ireland.

Justicia Digital. N.º 18 de 9 de marzo de 2017. ISSN 2530-2019

https://es.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_216

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0311&from=ES>
https://questions.assemblee-nationale.fr/static/16/questions/jo/jo_anq_202234.pdf
https://www.theregister.com/2022/11/22/france_no_windows_google/
<https://www.cnil.fr/fr/la-plateforme-des-donnees-de-sante-health-data-hub>
<https://www.cnil.fr/fr/la-plateforme-des-donnees-de-sante-health-data-hub>
<https://www.datenschutzkonferenz-online.de/>
https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf
https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf
https://datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2022_24_11_festlegung_MS365_zusammenfassung.pdf
<https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2022/jul/datatilsynet-nedlaegger-behandlingsforbud-i-chromebook-sag->
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/indice.html
https://www.euskadi.eus/anuncio_contratacion/encargo-sociedad-informatica-del-gobierno-vasco-ejie-s-diseno-e-implantacion-inicial-solucion-office-365-red-sectorial-justicia/web01-tramite/es/
https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=An%2BoAAHEdNamq21uxhbaVQ%3D%3D
<https://web.archive.org/web/20140716040555/http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/113782/sentencia-ts-sala-3-de-2-de-diciembre-de-2011-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-incompe>
https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

The filiation of those born through surrogate pregnancy

Por Sara Gamón López

Abogada

saragamonlopez@gmail.com

Artículo recibido: 25/04/23 | Artículo aceptado: 28/06/23

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida permiten que la gestación sea realizada a través de un portador diferente a los portadores del ADN. Esta situación determina la necesidad de establecer la filiación. A su vez, los avances de estas técnicas junto con el auge de la gestación por sustitución han provocado diferentes problemas de índole jurídica en instituciones tan importantes como la patria potestad y la filiación, para lo cual se ha tenido que establecer una nueva regulación con el fin de proteger a los menores objeto de estos contratos y de establecer la filiación de los mismos, regulación que ha sufrido diversas modificaciones en los últimos años.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques allow gestation to be carried out through a carrier other than the DNA carriers. This situation determines the need to establish filiation. In turn, the progress of these techniques together with the rise of surrogacy has caused different problems of a legal nature in institutions as important as parental authority and filiation, for which it has been necessary to establish a new regulation in order to protect the minors who are the object of these contracts and to establish their filiation, a regulation that has undergone several modifications in recent years.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, filiación, nacimiento, contrato, inscripción registral.

KEYWORDS

Surrogacy, filiation, birth, contract, registration.

Sumario: 1. Introducción. 2. La gestación por sustitución. 2.1 Consideraciones previas. 2.2 Situación legal en España. 3. Acercamiento al

régimen jurídico de la filiación. 3.1. Principios rectores. 3.2. Clases de filiación. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Históricamente, ha sido presupuesto de la filiación la procreación entre un hombre y una mujer, si bien en la actualidad, debido a las técnicas de reproducción asistida, se ha desplazado ese requisito biológico para que pueda determinarse la filiación¹.

Las técnicas de reproducción asistida han supuesto un halo de esperanza a las personas que no podían tener descendencia propia, pero, a su vez, su articulación ha dado lugar a múltiples problemas jurídicos. En efecto, el avance científico acerca de la gestación junto a los avances sociales acerca del concepto de familia, han creado la necesidad de modificar las disposiciones que las regulan ante una nueva realidad social, siendo actualmente posible, por ejemplo, que una persona sea inseminada con los gametos de otra persona fallecida.

Estas técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas actualmente en nuestro Ordenamiento Jurídico en la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Entre dichas técnicas, se permiten la inseminación artificial, la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos. Por el contrario, de acuerdo con esta Ley, no se admite como técnica de reproducción asistida la gestación por sustitución.

Ello, no obstante, lo cierto es que dicha gestación por sustitución ha sido la vía que algunas personas ha encontrado para poder hacer realidad la búsqueda de un hijo, lo que ha generado no pocos conflictos de orden judicial en nuestro país. En este sentido, nuestros tribunales se han visto abocados a encontrar una solución práctica a estos casos, cuando españoles que han viajado al extranjero para realizar un contrato de gestación por sustitución, interesaban la inscripción de estos menores en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención. Partiendo de ello, centraremos el presente estudio precisamente en el procedimiento que debe llevarse a cabo para que pueda determinarse en nuestro país la filiación de un nacido mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

Para poner en antecedentes, dedicaremos una primera parte a analizar los elementos básicos del contrato de gestación por sustitución como, por ejemplo, las partes, así como los derechos y obligaciones que se asumen las mismas en

¹ LASARTE ALVAREZ, C., “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”, Dykinson, Madrid, 2021, p. 11.

estos tipos de contrato. Asimismo, se estudiará la situación legal en España acerca de la materia.

Posteriormente, y centrándonos en el régimen registral, se detallará la regulación española acerca de la filiación, los principios rectores de la misma, las clases de filiación que pueden establecerse en nuestro país, realizando las distinciones oportunas en caso de interesarse la filiación tras un nacimiento realizado mediante técnicas de reproducción asistida y los derechos y deberes inherentes a la filiación los cuales implican el nacimiento de una institución muy importante, la patria potestad.

Y para finalizar, se estudiará el procedimiento de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, donde se analizarán las diversas Resoluciones e Instrucciones que han venido posibilitando que en España se pueda determinar la filiación de una persona nacida mediante un contrato de gestación por sustitución, a favor de los padres de intención.

2. La gestación por sustitución

Antes de entrar a analizar el régimen de inscripción en el Registro Civil español de los nacidos mediante gestación por sustitución, consideramos oportuno realizar un breve recorrido sobre los aspectos más importantes y la regulación de la misma.

2.1. Consideraciones previas

Con carácter general, se habla de gestación por sustitución para hacer referencia al procedimiento al que acuden aquellas personas que tienen la intención de realizar un contrato mediante el cual una parte contratante se obliga a gestar a un bebé para entregárselo, cuando nazca, a la otra parte contratante, la cual asumirá todos los derechos sobre el nacido, ya que la gestante renuncia a ellos al realizar esta contratación.

VILAR GONZÁLEZ define este vínculo contractual como *“un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*². Esta definición contempla las partes del contrato, así como todas las posibilidades que pueden darse en este tipo de contratación.

Las partes de este contrato son, como vemos, la mujer que lleva a cabo la gestación, que llamaremos mujer gestante, y los comitentes que son las personas

² VILAR GONZÁLEZ, S. *“Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017, p.50.

o persona para las que la mujer gestante gesta al niño, a los que llamaremos padres de intención. En palabras de esta misma autora, los padres de intención son *“las personas que tienen la voluntad de traer al mundo a un niño, para lo cual encargan a otra persona que lo geste, y del cual asumirán la custodia y criarán una vez nacido”*, mientras que la mujer gestante es *“la mujer que acepta llevar el embarazo a término por cuenta del o de los progenitores intencionales, y dará a luz al niño que será entregado tras el parto a los comitentes tan pronto como sea posible, renunciando a cuantos derechos legales le pudieran corresponder sobre el niño”*³.

Asimismo, partiendo de la definición arriba expuesta, caben distintas posibilidades dentro de este tipo de contrato de gestación por sustitución:

- Desde el punto de vista de las partes, una siempre va a ser la mujer gestante y la otra parte (los padres de intención), puede ser una persona o una pareja que puede estar casada o no.

- En cuanto al material genético aportado en este proceso, la mujer gestante podrá aportar su óvulo o podrá provenir de una donante, y los padres de intención podrán aportar material genético o este puede provenir de un donante.

- En lo relativo al precio del contrato, el mismo puede pactarse de forma onerosa o de forma gratuita. Si se pacta un contrato gratuito, solo se reflejará una compensación resarcitoria que deberán entregar los padres de intención a la mujer gestante, que va destinada únicamente a satisfacer los gastos originados en el proceso, así como las molestias ocasionadas en la mujer gestante; pero, en cualquier caso, esta no obtendrá un beneficio económico. Sin embargo, si el contrato es oneroso, la mujer gestante recibirá una compensación económica, la cual no irá únicamente destinada a sufragar los gastos mencionados anteriormente, de tal forma que el proceso supondrá un beneficio económico para la mujer gestante; es por ello que a estos contratos de gestación por sustitución a cambio de un precio se les ha denominado socialmente como gestación comercial.

Esta clasificación que se desprende de la misma definición de este vínculo contractual, la siguen los legisladores de los distintos países donde la gestación por sustitución está permitida y regulada para establecer qué tipo de contratación permitirá en su país.

Por otro lado, otra cuestión relevante es la referida a las obligaciones que asumen cada una de las partes en este tipo de contrato. En concreto, siguiendo a SÁNCHEZ JORDAN, son las siguientes.

- Los padres de intención deberán:

³ VILAR GONZÁLEZ, S. *“Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017, pp.56-57.

➤ Realizar el pago de los gastos resarcitorios, así como los remuneratorios si se hubiesen pactado. Como se ha explicado con anterioridad, los gastos resarcitorios se dan cuando el contrato es gratuito y son los destinados a satisfacer las cargas originadas en el proceso, así como las molestias ocasionadas en la mujer gestante, que no recibe ninguna compensación económica puesto que el contrato por ser gratuito no tiene contraprestación. Por su parte, los gastos remuneratorios son aquellos que se abonan cuando se pacta el contrato oneroso, es decir, se resarcen los gastos y molestias que ocasiona el proceso, pero además se abona otra cantidad de dinero para compensar económicamente a la mujer gestante.

➤ Asumir la paternidad de los nacidos con los derechos que le son inherentes, tales como la filiación de los menores, el ejercicio de la patria potestad y los deberes de cuidado vinculados a la guarda y custodia entre otros.

-En cuanto a la mujer gestante deberá:

➤ Llevar a cabo el proceso de fecundación y gestación cumpliendo todas las prescripciones médicas.

➤ Entregar al nacido mediante este método de reproducción a los padres de intención, no pudiendo comunicarse con el nacido sin el consentimiento de los padres de intención.

➤ Renunciar a la filiación del nacido autorizando la inscripción de la filiación de los nacidos a favor de los padres de intención⁴.

Esta asunción de paternidad con los derechos y deberes que le son inherentes por parte de los padres de intención y la renuncia y autorización de la filiación del nacido a favor de los mismos realizada por la mujer gestante, constituyen los presupuestos básicos para iniciar el procedimiento de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

2.2. Situación legal en España

En nuestro país contamos con una ley que declara nulos los contratos que convengan la gestación por sustitución y otra ley que tipifica como delito las prácticas realizadas en este procedimiento. Así, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 10.1 establece que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o*

⁴ SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”, *Indret*, N°3, 2022, pp. 123-124.

de un tercero". Aquí aparece el primer problema de índole jurídica que conlleva la gestación por sustitución, que se analizará con detalle más adelante. Como sabemos, el efecto de la nulidad de un contrato es la retroactividad, es decir, el contrato nulo es como si nunca hubiese existido, y realmente es difícil extrapolar la retroactividad a la gestación por sustitución teniendo en cuenta que esta tiene como objeto la entrega de un recién nacido.

Esta Ley tiene su origen en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual reguló por primera vez en España estas técnicas, suponiendo una esperanza para las personas con problemas de fertilidad. Posteriormente se promulgó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aunque esta no supuso un gran avance, ya que la misma fue promulgada para *"resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes"*⁵. Y, por último, se aprueba la Ley 14/2006 que modifica y deroga expresamente las dos leyes citadas anteriormente, pero sigue dejando fuera de las técnicas de reproducción asistida a la gestación por sustitución. Asimismo, esta Ley establece que cuando se celebren estos contratos, que en España siempre serán en fraude de Ley, la filiación materna será determinada mediante el parto y se deja abierta la posibilidad a que el padre biológico reclame la paternidad⁶.

De otra parte, como se ha dicho anteriormente, en España estas prácticas son constitutivas de delito. Nuestro Código Penal no tipifica expresamente como delito la gestación por sustitución, pero en el artículo 221 podemos observar como todas las acciones llevadas a cabo en el procedimiento de gestación por sustitución se tipifican como delito, al establecer lo siguiente:

"1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis

⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I. "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido". Revista de la Escuela de Medicina Legal, enero de 2007, p. 4.

⁶ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, artículo 10.2 y 10.3.

años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

Como vemos, está penado entregar a otra persona a un hijo para que se establezca una relación de filiación, castigando a ambas partes: madre gestante y padres de intención.

Se hace referencia a los intermediarios, es decir, a las agencias de gestación por sustitución. Sin embargo, lo cierto es que estas son legales, ya que no median entre los padres de intención y la mujer gestante, sino que ofrecen los servicios necesarios para llevar a cabo el procedimiento como, por ejemplo, servicios médicos y servicios jurídicos, el papel de estas en el proceso de gestación no es controversia en los procedimientos judiciales acerca de la gestación por sustitución que se centran principalmente en la reclamación de la filiación y las prestaciones en materia de paternidad y maternidad⁷.

Por otro lado, sin perjuicio de todo lo expuesto sobre cómo contempla la legislación española este tipo de negocio jurídico, hemos de mencionar aquí la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta es, ciertamente, la vía que se ha utilizado en nuestro país para poder dar cierta cobertura a dicho negocio contractual; pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Como se ha dicho hay países donde esta técnica está permitida y regulada y otros en los que al igual que en España, es una práctica prohibida. Por ejemplo, en Italia la Ley número 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida, en su artículo 4.3 prohíbe la fecundación heteróloga. Por lo tanto, está prohibiendo la gestación por sustitución ya que no se puede gestar con óvulos o espermatozoides de donantes, solo se permite la fecundación con células reproductoras de la pareja. Además, en el artículo 12.6 castiga con pena privativa de libertad el uso de gametos ajenos a la pareja⁸.

Sin embargo, en Canadá, la Assisted Human Reproduction Act, aprobada el 29 de marzo de 2004, permite la gestación por sustitución y la define como *“aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes”*⁹.

No existe armonización ni a nivel europeo ni a nivel internacional acerca de la materia, además, como hemos visto, en nuestro país a pesar de estar tipificado como delito y ser considerados nulos los contratos de esta tipología,

⁷ España. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022\1190.

⁸ LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, p. 127.

⁹ Canadá. Artículo 3 Assisted Human Reproduction Act.

son conocidos los casos en los que se ha accedido a la gestación por sustitución y se ha registrado la filiación de los nacidos mediante estas técnicas a favor de los padres de intención, ello es gracias a la antes mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

3. Acercamiento al régimen jurídico de la filiación

3.1. Principios rectores

“La filiación es la condición de la persona que viene determinada por su situación jurídica dentro de la familia y vincula a los progenitores con los hijos”¹⁰. De ahí que su determinación conlleve importantes efectos jurídicos, que se analizarán más adelante.

De acuerdo con LASARTE, esta filiación está informada por dos principios rectores¹¹:

-Principio de veracidad.

-Principio de igualdad.

A estos hay que añadir el principio *favor filii*.

Estos principios rectores emanan del artículo 39 de nuestra Constitución¹²

En cuanto a la veracidad, se refiere al establecimiento de los cauces necesarios para que cualquier persona pueda investigar sobre la paternidad y maternidad, es decir, conocer sus orígenes, si bien, este principio está haciendo referencia a la filiación biológica. La CE establece un mandato directo para regular ese cauce de investigación mediante Ley, que se hace efectivo a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los procedimientos judiciales sobre filiación comienzan con la interposición de una demanda sobre determinación o impugnación de la filiación a la que se le deberán acompañar una serie de pruebas que *a priori* sean suficientes para interponer esta demanda, o de lo contrario se desestimará.

¹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Tratado de Derecho de Familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios.”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 387.

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de familia. Principios de Derecho Civil”, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 27.

¹² España. Artículo 39 Constitución “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Iniciado el procedimiento para la investigación de la paternidad y la maternidad, se puede hacer uso de toda clase de pruebas incluidas las biológicas, cumpliendo así el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad anteriormente mencionada.

Asimismo, la LEC establece la posibilidad de que se determine la filiación en virtud de pruebas indiciarias; con ello se quiere significar que no hay una prueba directa, pero se consigue demostrar con una serie de sucesos, como la existencia de posesión de estado, la convivencia con la madre biológica cuando se produjo la concepción, etc. Y, por último, si una persona se niega injustificadamente a realizarse una prueba de maternidad o paternidad en el seno de un procedimiento judicial, el Tribunal en base a otra serie de pruebas indiciarias puede usar esta negativa para establecer la filiación reclamada¹³.

En lo relativo a la igualdad, el precepto antes citado de la CE obliga a los poderes públicos a asegurar la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación. Como veremos, hay varias clases de filiación, por lo que no se pueden establecer diferencias entre ellas que produzcan un desequilibrio de derechos entre los hijos, en función de la clase de filiación.

Del mismo modo, esta igualdad encuentra fundamento en el derecho fundamental regulado en el artículo 14 CE el cual establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Este principio acaba con el antiguo régimen de los hijos ilegítimos que se aplicaba antes de la entrada en vigor de la Constitución; estos eran los hijos nacidos fuera del matrimonio, que no tenían los mismos derechos que los hijos nacidos con filiación matrimonial, lo que tuvo gran repercusión en cuanto a los derechos de alimentos y derechos sucesorios inherentes a la filiación.

Y, por último, el principio *favor filii*, que supone la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés con el que pudiera concurrir, aunque sea legítimo¹⁴.

Este principio tiene gran transcendencia en los procedimientos judiciales de familia relativos al establecimiento de la guarda y custodia de los hijos menores, ya que el Juez deberá ponderar siempre el interés superior del menor a la hora de establecer la misma, y todo ello en base al principio *favor filii*¹⁵.

¹³ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, Artículo 767.

¹⁴ GETE-ALONSO, M. C., “Filiación y potestad parental”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 14.

¹⁵ España. TS (Sala de lo Civil, Sección Única), sentencia núm. 719/2003 de 9 julio. RJ 2003\4621.

Este principio se encuentra recogido en multitud de normas; es un término complejo ya que determinar qué debe entenderse por beneficio del hijo no es tarea fácil. *“La normativa española y supranacional concretan el favor filii en diversas expresiones: interés, beneficio o prevención del daño del hijo. No obstante, ninguna norma proporciona un significado específico de tan importante principio”*¹⁶, ya que no se puede establecer un concepto fijo para este principio, pues ha de ponderarse su aplicación al caso concreto.

Este principio habilita a interpretar las normas siempre en beneficio del interés superior del menor, si bien la indeterminación o falta de concreción conceptual no implica que sea un concepto confuso, se trata de buscar siempre el beneficio del hijo o causar el menor perjuicio. Este principio, va a ser de gran importancia en la determinación de la filiación en los procedimientos judiciales acerca de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución.

3.2. Clases de filiación

Nuestro Código Civil regula la filiación en los artículos 108 y siguientes y realiza una clasificación estableciendo que la misma puede ser por naturaleza o por adopción. A su vez, clasifica la filiación natural en matrimonial y no matrimonial.

La filiación por naturaleza es aquella que viene determinada biológicamente, *“la Ley considera en principio que el padre/madre es progenitor(a) del hijo (...) una filiación por naturaleza es excluyente de cualquier otra hasta tanto no se deje aquélla sin efecto por decisión judicial”*¹⁷. Como se ha apuntado, esta puede ser, a su vez, matrimonial o no matrimonial en función de si media vínculo matrimonial o no entre los progenitores. Los efectos de ambas son los mismos¹⁸, esta clasificación tiene relevancia a la hora del reconocimiento de la paternidad.

La filiación matrimonial es aquella que se determina en el nacimiento de un hijo de dos personas entre las que media vínculo matrimonial. Siguiendo a LACRUZ BERDEJO se deben probar tres requisitos para que la filiación sea matrimonial:

-Maternidad de mujer casada, es decir, demostrar el alumbramiento por parte de la mujer casada y la identidad del nacido de ese alumbramiento, hecho fácilmente demostrable con la certificación que realizan los profesionales sanitarios tras el parto.

¹⁶ GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., “La verdad biológica en la determinación de la filiación”, Dykinson, Madrid, 2013, p. 58.

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010, p. 326.

¹⁸ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículo 108.

-Matrimonio que confiere a la madre esa calidad de casada, por lo tanto, debe mediar vínculo matrimonial subsistente entre los progenitores. El momento en el que se haya contraído matrimonio va a influir a la hora de determinar la filiación; de esta forma, la filiación se presumirá matrimonial y a favor de los cónyuges cuando el hijo haya nacido mediando matrimonio entre ambos o antes de los 300 días siguientes al divorcio o separación de los cónyuges si realizan la inscripción conjunta del nacimiento. No obstante, esta presunción es *iuris tantum*, es decir, puede ser destruida mediante prueba en contra en los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación y se determinará la misma mediante sentencia.

-Procreación del hijo por obra del marido; este requisito implica que la mujer casada ha debido ser concebida por su marido. Este requisito se probará mediante las presunciones antes explicadas.

En cuanto a la filiación extramatrimonial es aquella *“en la que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad a este”*¹⁹. Esta filiación podrá determinarse mediante conformidad de los progenitores a la hora de realizar la inscripción del nacimiento en el Registro, por reconocimiento en testamento o documento público y mediante sentencia.

La acción para reclamar la filiación matrimonial es imprescriptible tanto para los hijos como para los progenitores. En cuanto a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial por parte del hijo, también es imprescriptible y los progenitores podrán reclamarla en el plazo de un año desde que conocen los hechos en los que fundamentaran la reclamación²⁰.

En cuanto a la filiación por adopción, esta carece del requisito biológico de la filiación natural, es decir, se determina por medio de un acto jurídico, estableciendo así, entre adoptante y adoptado una relación paterno filial.

El centro de toda adopción es la idoneidad de las partes, la cual será constatada por la Entidad Pública competente, analizando esta, que la capacidad, aptitud y motivación de los adoptantes sean adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, y para asumir las responsabilidades que conlleva la adopción. Además, para ello, se deberán cumplir una serie de requisitos y una vez constatada la idoneidad de adoptante y adoptado y tramitado el oportuno procedimiento, se constituirá la adopción por resolución judicial.

En cuanto a la edad, el adoptante deberá tener mínimo 25 años y entre adoptante y adoptado debe mediar como mínimo 16 años y como máximo 45 años, este límite máximo de 45 años entró en vigor con la aprobación de la Ley

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L, “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010, p. 342.

²⁰ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículos 132 y 133.

26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, anteriormente solo se exigía que el adoptante fuese mayor de 25 años y que entre adoptante y adoptado mediasen como mínimo 14 años de edad.

En cuanto al adoptado *“únicamente pueden ser adoptados los menores no emancipados, si bien, excepcionalmente, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”*²¹. Esto es para los casos en los que la adopción se realiza con posterioridad a un acogimiento o una convivencia estable.

Asimismo, se establecen limitaciones a la adopción, no pudiendo adoptar a descendientes, a parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Uno de los aspectos más importantes a destacar es lo establecido en el artículo 178 CC, *“la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”* por lo tanto la filiación se determinará a favor de los progenitores adoptantes.

Si se crea vínculo matrimonial con posterioridad a la adopción, el cónyuge no adoptivo podrá interesar la adopción de los adoptados por su cónyuge.

3.3. La filiación en las técnicas de reproducción asistida

Nuestro Código Civil regula la filiación natural y la adoptiva pero no hace mención alguna a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y resulta evidente que los avances sociales y científicos han creado la necesidad de desarrollar una normativa que regule estos aspectos. Fruto de esta necesidad contamos en la actualidad con la ya mencionada Ley 14/2006, estableciendo en el artículo 7.1 que *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles”*, por lo tanto, será de aplicación el régimen antes explicado en cuanto a la filiación natural.

Si bien, esta Ley realiza ciertas matizaciones al régimen general para la obtención de la filiación de esos menores. Siguiendo a VELA SÁNCHEZ²² pueden observarse diferentes escenarios:

-Los progenitores que hayan consentido la fecundación con gametos de donantes no podrán impugnar la paternidad o maternidad.

-Si el marido fallece antes de que se haya transferido al útero de la mujer el material genético del mismo, no podrá establecerse la filiación a favor de este

²¹ URRUTIA BADIOLA, A. M. “Las Relaciones Paterno-Filiales, Adopción y Potestad Parental”, Dykinson, Madrid, 2017, p. 131.

²² VELA SÁNCHEZ, A. J., “Derecho civil para el grado IV. Derecho de familia”, Dykinson, Madrid, 2013, p 101-102.

a menos que haya consentido para que pueda utilizarse el material genético en los 12 meses siguientes a su fallecimiento.

-Y la última matización que hace esta Ley referente al régimen de la filiación, es en cuanto a la gestación por sustitución que, al declararse nulos estos contratos, de celebrarse en fraude de Ley, establece que la filiación materna se determinará mediante el parto y la filiación paterna puede reclamarse en base a la filiación natural.

En cuanto a los mecanismos para determinar la filiación:

-En el caso de un matrimonio o una pareja heterosexual que tengan un hijo mediante técnicas de reproducción asistida, la filiación se establecerá conforme a lo antes explicado en cuanto a la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin importar el origen de las células embrionarias, los progenitores que hayan consentido la fecundación con gametos no podrán impugnar la maternidad o paternidad.

-Si es una mujer la que accede sola a la maternidad mediante estas técnicas, se establecerá únicamente la filiación materna, puesto que la Ley rompe con cualquier lazo jurídico entre el nacido y el donante de semen.

-El problema se plantea cuando es una pareja homosexual compuesta por dos mujeres las que interesan la filiación del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, ya que nuestro Código Civil recoge las normas acerca del reconocimiento de la maternidad tras el parto, por lo que en este caso para que la mujer no gestante pueda registrar también la filiación a su favor, la Ley 14/2006 en su artículo 7.3 establece que *"cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"* posibilitándose así que la filiación de un hijo se determine a favor de dos mujeres.

-En el caso de una pareja homosexual compuesta por dos hombres, podrán acceder a la paternidad y registrar la filiación de sus hijos únicamente por adopción. Realmente, estos son los casos más frecuentes de gestación por sustitución y en tal supuesto podrá reclamar la filiación, que será no matrimonial, el hombre que haya aportado la carga genética en el procedimiento de gestación por sustitución.

-Un hombre solo, de la misma forma que el caso anterior únicamente podrá determinar la filiación de un nacido a su favor por adopción y natural si celebra un contrato de gestación por sustitución aportando él la carga genética, ya que la Ley 14/2006 permite reclamar la filiación paterna al padre biológico.

Sin embargo, a pesar de que la gestación por sustitución no está regulada en nuestro Derecho como técnica de reproducción asistida, y se declaren nulos estos contratos, finalmente en la práctica registral, se ha adoptado la postura de

registrar la filiación a favor de las madres y padres de intención, en atención al interés superior del menor.

3.4. Derechos y obligaciones inherentes a la filiación

La determinación de la filiación lleva aparejada consigo el establecimiento de una serie de derechos y obligaciones tanto para los progenitores como para los hijos.

Como establece el Código Civil en su artículo 112 *“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”*. Por lo tanto, a partir de su determinación surgen los derechos y obligaciones inherentes a la filiación.

La filiación va a determinar los apellidos del hijo, de tal forma si está determinada por ambas líneas, es decir, por el padre y por la madre, serán estos los que decidan el orden de los apellidos, pudiendo el hijo cuando cumpla la mayoría de edad alterar el orden. A su vez, el orden fijado para el primero de los hijos de ambos progenitores será el que se seguirá para los siguientes hijos de la misma unión²³.

De la filiación nace una de las instituciones más importantes en cuanto a las relaciones paterno filiales; se trata de la patria potestad.

*“La patria potestad es un concepto de orden público como institución básica de la estructura familiar, y al derivar de la filiación tiene idénticos caracteres que los estados civiles de la persona y, por tanto, es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible”*²⁴. Por ello, al determinarse la filiación se está asumiendo la patria potestad, no siendo esta un derecho subjetivo, sino un *officium* que genera para los padres la obligación de una función, el cuidado y la capacitación del hijo²⁵, obligación a la cual no se podrá renunciar, surgiendo aquí otro problema en cuanto al establecimiento de la filiación en la gestación por sustitución, ya que en el contrato celebrado se establecerá que la mujer de intención renuncia a la filiación y cualquier otro derecho sobre el nacido.

Los deberes y facultades que conlleva el ejercicio de la patria potestad vienen establecidos en el artículo 154 CC y son:

-Velar por los hijos; es el deber general del que emana el resto de los deberes.

²³ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículo 109.

²⁴ NEVADO MONTERO, J. J., “Análisis de la patria potestad, sus fundamentos y diferenciación con otras instituciones”, J.M Bosch, Barcelona, 2021, p. 23.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010, p. 387.

-Tenerlos en su compañía; esta compañía según LACRUZ BERDEJO no se refiere a una compañía física, implica unos deberes de comunicación y cariño.

-Prestarles alimentos, tanto si están en compañía de los menores o no.

-Educarlos y procurarles una formación integral; en cuanto a la educación los padres tendrán libertad para elegir el centro educativo y deberán controlar la educación impartida. Además, están obligados a que sus hijos reciban una formación integral, es decir, tanto a nivel educativo como religioso, moral y social.

-Representarlos y administrar sus bienes, siempre en el beneficio del hijo o con la intención de causar el menor perjuicio posible.

-Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad.

Asimismo, los que estén sujetos a patria potestad también deberán cumplir una serie de obligaciones determinadas por el artículo 155 CC, las cuales son:

-Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre, de tal forma que el respeto no se extingue al extinguirse la patria potestad, ese respeto, como bien apunta LACRUZ BERDEJO es inherente a la filiación y por tanto no termina con la emancipación²⁶.

-Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

A su vez, tanto los que ejercen la patria potestad como los que están sometidos a ella tienen derecho a que se cumplan las obligaciones mencionadas.

La extinción de la patria potestad se encuentra regulada en los artículos 169 y siguientes del Código Civil. En esta regulación encontramos distintas formas de extinción:

-Pérdida de la patria potestad, que podrá ser por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, o bien, por la emancipación o por la adopción del hijo.

-Privación de la patria potestad. Se privará de esta mediante sentencia judicial cuando se incumplan los deberes inherentes a la misma.

La determinación de la filiación también va a dar lugar al nacimiento de derechos sucesorios, de esta forma desde el momento en el que se determina la filiación los padres podrán heredar a los hijos y viceversa.

Son numerosas las sentencias referentes a la reclamación de herencia tras la determinación de la filiación. En este sentido, si la filiación se produce con posterioridad al fallecimiento habría que analizar el momento de apertura de la sucesión:

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., "Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia", Dykinson, Madrid, 2010, pp.388-389.

-Si la apertura de la sucesión se realiza con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española, no se obtendrán derechos sucesorios²⁷.

-Si la apertura de la sucesión se realiza con posterioridad a la aprobación de la Constitución Española, sí se obtendrán derechos sucesorios, y por tanto se tendrá derecho a la legítima estricta correspondiente de la herencia²⁸.

Por último, la determinación de la filiación a favor de padres con nacionalidad española dará derecho al hijo a obtener la nacionalidad española, ya que el artículo 20 CC establece que podrán optar por la nacionalidad española *“las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español”*, y con la determinación de la filiación nace la patria potestad.

Asimismo, establece el artículo 17 de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad que *“la filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”*. Por lo tanto, si la filiación se produce cuando ya se ha alcanzado la mayoría de edad, aunque no se establece la patria potestad, igualmente la nacionalidad española se podrá obtener, pero su reconocimiento no es automático, sino que deberá el interesado hacer valer este derecho para obtener la nacionalidad española en el plazo de dos años desde que se determine la filiación.

4. Proceso de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

4.1. Consideraciones previas

El contrato de gestación por sustitución se considera nulo en nuestro ordenamiento jurídico, pero no ocurre igual en otros países en los que se admite legalmente. Esto ha dado lugar a que personas españolas realicen estos contratos en el extranjero con objeto de acceder a la gestación por sustitución eludiendo la legislación española, ocasionando esto graves problemas jurídicos. Tengamos en cuenta que cuando se han planteado estos casos resulta complicado, moralmente hablando, obligar a registrar la filiación de ese menor a favor de una persona que no tiene ninguna intención de cumplir con los deberes inherentes a la misma, es más, renuncia a ellos en el contrato de gestación por sustitución, en lugar de registrar la filiación a favor de los padres de intención que son las personas que realmente buscaban ese hijo y están dispuestos a asumir todos los derechos y obligaciones inherentes a la filiación.

²⁷ España. TS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 781/2021 de 15 noviembre. RJ 2021\5249.

²⁸ España. TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 725/2002 de 9 julio. RJ 2002\8237.

Para dar solución a ello, se han ido aprobando Instrucciones que regulan esta problemática y que deben cumplir los Encargados del Registro Civil, ya que todos los asuntos referidos a este Registro serán gestionados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, antes llamada Dirección General de los Registros y el Notariado y el Registro Civil²⁹.

La primera vez que se aborda expresamente la gestación por sustitución por parte de la DGRN es mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009, pero antes de explicar dicha resolución se va a analizar qué solución se daba a los casos de gestación por sustitución en la práctica registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución con anterioridad a la mencionada resolución.

Siguiendo a DIAZ FRAILE³⁰, Registrador y Letrado adscrito a la DGRN, para la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución con anterioridad al 18 de febrero de 2009 hay que atenerse al principio de veracidad biológica, ya que la disposición legal vigente en ese momento y que sigue siendo aplicable en la actualidad, la Ley 14/2006, establece la maternidad mediante el parto y da la posibilidad de reclamar la paternidad natural.

Pero esta verdad biológica no era necesario probarla mediante una prueba genética. Cuando se interesaba la inscripción de un menor en base a una certificación de Registros extranjeros, el Encargado del Registro Civil español debía constatar la verosimilitud de la paternidad sin exigir una prueba plena, *“es inscribible el reconocimiento de un menor siempre que se haya otorgado en forma y concurren todos los requisitos de eficacia, sin que importe la sola sospecha o duda de que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Ahora bien, por el contrario, debe denegarse la inscripción cuando de las manifestaciones de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento. Por ejemplo, cuando el padre declara directa o indirectamente que el reconocido no es hijo biológico suyo”*³¹. Por lo tanto, para que esa certificación extranjera pudiese tener acceso a nuestro Registro debía constar únicamente que los padres de intención son los progenitores del menor sin hacer alusión al proceso de gestación por sustitución y sin que los padres de intención declarasen este extremo ante el Encargado del Registro, hecho que era fácil para una pareja heterosexual pues, como se ha visto, aunque el Encargado tuviese sospechas de que el registro que se interesaba proviniese de un contrato de gestación por sustitución, mientras que la certificación extranjera estableciese la filiación a favor de los padres de intención, era válida si había apariencia de paternidad o maternidad.

²⁹ España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011, artículo 2.

³⁰ DÍAZ FRAILE, J. M., “Revista de derecho civil”, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019 pp.53-131.

³¹ LUCAS ESTEVE, A. “La gestación por sustitución” Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.63.

En cuanto a la mujer que accedía sola a la gestación por sustitución como madre de intención, también tenía fácil la determinación de la filiación del nacido a su favor mediante certificación extranjera, ya que al igual que las parejas heterosexuales, sólo debía existir una apariencia de maternidad y una certificación registral extranjera para poder inscribir al nacido en el Registro Civil español.

El problema surgía en cuanto a las parejas homosexuales, ya que no se podía crear una apariencia de maternidad o paternidad biológica cuando es biológicamente imposible que dos personas del mismo sexo puedan tener un hijo de forma natural, lo que hizo que la DGRN tuviese que abordar directamente la gestación por sustitución mediante la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

4.2. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Antes de la resolución de 18 de febrero de 2019, cuando se interesaba la inscripción de un menor en el Registro Civil español mediante certificación extranjera, si existía apariencia de paternidad o maternidad se estimaba, y de no haberla se denegaba. El problema se planteó cuando dos hombres de nacionalidad española, viajan a California para llevar a término un contrato de gestación por sustitución, procedimiento del que nacieron dos menores, y que posteriormente interesan la inscripción de los mismos en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, mediante una certificación registral extranjera que establecía la filiación de los menores a favor de los padres de intención: es el conocido caso de *“los niños de California”*. Atendiendo al criterio que venía siguiendo la DGRN, este registro debía denegarse, puesto que era imposible por razones biológicas que existiese una apariencia de paternidad biológica, aunque aportasen certificación extranjera que estableciese que los menores eran sus hijos; sin embargo, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 resuelve que debe estimarse la inscripción, ordenando que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constan en la certificación registral extranjera aportada, de la que resulta que son hijos de los recurrentes.

Los fundamentos jurídicos de esta resolución son varios. Desde el punto de vista registral, el fundamento más importante y que hace cambiar la práctica registral que se seguía hasta el momento, es el relativo a los títulos inscribibles para registrar un nacimiento acaecido en el extranjero, estableciendo que las certificaciones registrales extranjeras deben tener acceso al Registro Civil español en base al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual establece que *“el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico*

extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales". Por lo tanto, dado que la certificación extranjera que establece que los padres de intención son los progenitores de los nacidos, es un documento auténtico extranjero, debe tener acceso al Registro, eliminando así el criterio de la apariencia de maternidad o paternidad, ya que no se trata de determinar una filiación, sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada. Esto exige una comprobación, por tanto, puramente formal, lo que excluye toda hipotética investigación sobre la realidad del hecho inscrito³²

Esta certificación extranjera debe cumplir ciertos requisitos que vienen determinados en el artículo 85 del mencionado Reglamento, el cual establece que *"para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente."* Por consiguiente, se exige que el Registro extranjero sea regular y auténtico, requisito este que, según la resolución que se está analizando, se cumple puesto que *"la constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica "decisión" y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas"*³³. Además, esta Resolución, una vez salvada la posibilidad de inscribir un nacimiento mediante certificación extranjera, establece tres requisitos para que la misma pueda tener fuerza en España:

- Que la autoridad registral extranjera sea competente para emitir la certificación.
- Que se hayan respetado los derechos de defensa de los interesados.
- Que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Este último requisito fue el que más controversia causó, pero lo cierto es que la resolución de la DGRN no deja lugar a dudas, ya que cuando analiza este extremo comienza aclarando que la inscripción de la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español. Para llegar a esta

³² ALBERT MARQUEZ, M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", Diario La Ley, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, p. 3.

³³ Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

conclusión analiza varios elementos. Por un lado, la discriminación por razón de sexo y orientación sexual, razonando que, dado que el Derecho español admite la filiación de un hijo a favor de dos varones en casos de adopción, y permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo³⁴, el hecho de no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones en este caso resultaría discriminatorio por razón de sexo, atentando así contra el artículo 14 CE. Y, por otro lado, dado que en España la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados, puesto que se permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, siendo imposible que tenga vinculación genética con ambas mujeres, no puede denegarse la inscripción de dos menores a favor de dos hombres por el hecho de que sea imposible biológicamente que haya sido concebido por ambos.

Dentro del análisis del orden público internacional español, encontramos el aspecto más importante de esta resolución, el interés superior del menor. El artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991, establece que, *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*. Partiendo de ello, dado que lo que se debe asegurar es que el menor esté protegido y cuidado, entiende la DGRN que no se debe entrar a analizar si el nacimiento tiene origen en la gestación por sustitución, pues *“denegar la inscripción en el Registro Civil español vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, conforme al citado Convenio, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar”*. Resulta discutible moralmente hablando, que la filiación de los menores que se analiza en esta Resolución quede determinada a favor de la mujer gestante, la cual renuncia a todos los derechos sobre el nacido, en lugar de determinarla a favor de los padres de intención que desean asumir esos derechos y obligaciones.

La Resolución, por último, analiza la existencia o no de fraude de Ley, determinando que para apreciar la existencia de fraude de Ley en asuntos internacionales se debe eludir una norma imperativa española utilizando una

³⁴ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, Artículo 7.3.

norma de conflicto, en base al artículo 12.4 CE a cuyo tenor “*se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*”. En este caso únicamente se está acreditando, mediante una certificación registral extranjera, un hecho *iuris tantum*, es decir, se acredita una paternidad que puede ser destruida mediante prueba en contra por algún legitimado ante los Tribunales españoles, sin que esto suponga un hecho constitutivo de fraude de Ley establecido en el precepto antes citado.

Por lo tanto, la Resolución que nos ocupa establece que en cumplimiento del derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 CE, en base al interés superior del menor y dado que no existe fraude de Ley, debe inscribirse en el Registro Civil español el nacimiento de estos menores con mención de la filiación a favor de los padres de intención.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010, acabó dejando sin efecto la inscripción de estos nacidos, ya que los contratos de gestación por sustitución son nulos en nuestro Ordenamiento Jurídico, y esto fue debido a que el Ministerio Fiscal interpuso demanda de juicio ordinario frente a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Así, la DGRN tuvo que volver a plantearse el fenómeno de la gestación por sustitución y publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

4.3. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Para determinar la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución, en un primer momento, se atendía al criterio de apariencia de veracidad biológica. Posteriormente, la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, estableció que la certificación extranjera es documento suficiente para realizar la inscripción de hijos nacidos en el extranjero, pero la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010 dejó sin efecto esta Resolución, por lo que se volvía al criterio de apariencia de veracidad biológica y, consiguientemente, se volvía a plantear un problema real que requiere de una respuesta legal, ya que estos contratos se siguen llevando a cabo y, como se ha visto, en interés superior del menor debe establecerse la filiación a favor de los padres de intención siendo esto imposible para las parejas homosexuales si se atiende al criterio de veracidad biológica.

Por ello, la DGRN publica la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. De acuerdo con esta resolución, “*atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los*

criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”, admitiendo así la DGRN que la gestación por sustitución es una situación emergente que requiere una solución jurídica.

Esta Instrucción regula por primera vez de forma expresa el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, y establece un primer filtro a este proceso de filiación. Así, para poder interesar la inscripción de un nacido mediante gestación por sustitución, en primer lugar se debe presentar ante el Encargado del Registro Civil español una resolución judicial dictada por Tribunal el competente del país de origen, es decir, el país donde se lleva a cabo el contrato de gestación por sustitución con la finalidad de *“controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”*³⁵. Esta exigencia constata que no existen vicios en el contrato de gestación por sustitución, así como que los intereses y derechos del nacido y de la mujer gestante se han respetado.

Esta resolución puede ser de dos tipos:

- Resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

- Resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

Asimismo, esta Instrucción establece dos procedimientos diferenciados para inscribir a los menores nacidos mediante gestación por sustitución, en función del tipo de resolución de la que se disponga.

Cuando se produce el nacimiento convenido en el contrato de gestación por sustitución, los padres de intención deberán iniciar un procedimiento judicial en el país de origen encaminado a que se determine la filiación del nacido a su favor o podrán iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria con el mismo fin antes mencionado.

En el caso de iniciar un procedimiento judicial y que se obtenga la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido a favor de los padres de intención, estos deberán seguir el procedimiento establecido en el apartado segundo de la Disposición General Primera, la cual determina que *“salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur”*. El sometimiento de la

³⁵ Exposición de motivos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

resolución extranjera a exequátur encuentra su fundamento, entre otros principios, en el de seguridad jurídica internacional o el principio de cooperación internacional. Este procedimiento es el habilitado para que se ejecuten en un Estado sentencias dictadas en otro Estado, dado que si las mismas sólo producen efecto donde fueron dictadas, cuando las partes quieran hacer valer sus derechos en otro Estado tendrán que iniciar un nuevo procedimiento judicial, el cual puede dar lugar a sentencias contradictorias³⁶.

Por lo tanto, obtenida la resolución judicial extranjera y finalizado el procedimiento de exequátur, se podrá interesar la inscripción en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención, y el Encargado del Registro deberá proceder a dicha inscripción.

Sin embargo, en el caso de que los padres de intención posean una resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en lugar de iniciar procedimiento de exequátur, el Encargado del Registro Civil español deberá controlar:

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”³⁷.

Por ello, el Encargado del Registro deberá constatar que el contrato de gestación por sustitución carece de vicios, que la competencia del Tribunal del país extranjero se ha basado en criterios equivalentes a los de la legislación española, los cuales vienen determinados en los artículos 22 y siguientes de la LOPJ, que no se ha realizado el contrato vulnerando los derechos de las partes y que la resolución es firme y no ha sido recurrida por ninguna de las partes, ni está sujeta a condición.

³⁶ RODRÍGUEZ BENOT, A., “Manual de derecho Internacional Privado”, Ed. Tecnos, Madrid, 2019, p.99.

³⁷ Apartado 3 de la Disposición General Primera de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Constatado el cumplimiento de estos requisitos, el Encargado del Registro Consular practicará la inscripción del nacido mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención.

Una vez realizada la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español, los padres de intención podrán solicitar la expedición del pasaporte de los menores, puesto que *“debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su pasaporte, como todo ciudadano español”*³⁸, pudiendo así viajar a España con ellos.

Por último, la presente Instrucción en su disposición general segunda establece que *“en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”*. De esta forma, la Instrucción regula el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, pero continúa en la línea de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010, que acabó dejando sin efecto la inscripción de los nacidos en el caso de *“los niños de California”*, no siendo válida la certificación registral extranjera para interesar la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, problemática que se analizará más adelante.

Sin embargo, esta Instrucción ha sido modificada por distintas resoluciones hasta contar en la actualidad con la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta se remite a la anterior Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en cuanto a la exigencia de resolución judicial ya sea contenciosa o por procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero añade una modificación en cuanto a la forma de viajar con los menores a España, al establecer que *“el solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación”*. De esta forma, con la Instrucción de 2010, hasta que no se practicara la inscripción y obtuviesen los pasaportes los padres de intención no podían viajar a España con los nacidos mediante gestación por sustitución, y con la Instrucción de 2019, los nacidos por esta vía podrán obtener los pasaportes

³⁸ LAMM, E., *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.”* Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, pp. 92-93.

y que se determine la filiación ya habiendo viajado a España con los padres de intención.

5. Problemática de la gestación por sustitución y su acceso al registro civil español

5.1. El contrato de gestación por sustitución

El principal problema en torno a la gestación por sustitución se centra en la nulidad del contrato y en la imposibilidad de renunciar a la patria potestad.

La legislación española es bastante clara en cuanto a los contratos de gestación por sustitución, declarándose nulos expresamente en la Ley 14/2006.

Los efectos de la nulidad se encuentran regulados en el artículo 1303 CC, el cual establece que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*. Por consiguiente, se pretende que las partes se encuentren en la misma situación patrimonial y personal que se encontraban con anterioridad a celebrar el contrato nulo, de tal forma que la nulidad tiene efectos retroactivos³⁹.

Sin embargo, si extrapolamos este efecto retroactivo a la gestación por sustitución, nos encontramos que los padres de intención deberán devolver al nacido a la mujer gestante y esta deberá devolver a los padres de intención el coste del procedimiento, encontrando aquí varios problemas.

Si el contrato de gestación por sustitución es oneroso, los padres de intención asumirán todos los gastos y molestias que ocasionen el procedimiento y además entregarán una contraprestación económica a la mujer gestante por someterse a dicho procedimiento. Sin embargo, si el contrato es gratuito, los padres de intención solo asumirán el coste del procedimiento y las molestias ocasionadas, es decir hay una compensación resarcitoria pero no un beneficio económico para la mujer gestante, por lo que si la mujer gestante tiene que devolver a los padres de intención el coste del procedimiento, esta no se queda en la misma posición que se encontraba antes de celebrar el contrato, puesto que los gastos y molestias del procedimiento finalmente los ha sufragado ella.

Pero mayor problema aún causa la devolución del nacido. Es muy complicado moralmente decidir que un hijo que ha nacido para llegar a la familia de los padres de intención finalmente tenga que ser insertado en el núcleo familiar de la mujer gestante, la cual ha renunciado a todos los derechos sobre el nacido, surgiendo aquí otro problema, la renuncia a la patria potestad. En este punto es cuando más se evidencia que la mujer gestante no quedaría en la misma

³⁹ VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Derecho Civil II. Obligaciones y contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 260-261.

situación que se encontraba anteriormente, ya que debe quedarse con un hijo que nunca tuvo intención de tener para ella.

El ejercicio de la patria potestad implica la asunción de una serie de derechos y obligaciones, los cuales son irrenunciables e intransmisibles. Por lo tanto, no es válido en nuestro derecho renunciar a la patria potestad para que esta la asuma otro, como ocurre en los contratos de gestación por sustitución.

Sin embargo, y acertadamente, lo cierto es que estos efectos de la nulidad no se han llevado a cabo en la práctica en lo relativo a la gestación por sustitución.

La jurisprudencia, tanto nacional como europea⁴⁰, no entra, sin embargo, en el análisis de estos efectos de la nulidad. A decir verdad, este tipo de conflictos se ha centrado en la vulneración de derechos fundamentales, estableciendo que *“tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”*⁴¹. También se ha centrado en el interés superior del menor para determinar que el menor nacido de un contrato de gestación por sustitución se mantenga en el núcleo familiar de los padres de intención, ya que la Convención sobre los derechos del niño exige que los menores queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres⁴².

5.2. Solución a la práctica registral

En la actualidad la práctica registral de los nacidos mediante gestación por sustitución se rige por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN. Dicha resolución exige, en rasgos generales, que para inscribir a un nacido mediante gestación por sustitución se presente en el Registro Civil español una resolución judicial extranjera o una resolución de jurisdicción voluntaria extranjera, donde se establezca la filiación del nacido mediante el citado contrato, a favor de los padres de intención. Pero esto no daba solución a todos los supuestos prácticos que estaban aconteciendo, ya que en muchos casos los padres de intención disponían únicamente de una certificación médica y una certificación registral extranjera, no siendo estos documentos suficientes para determinar la filiación de los nacidos a favor de los padres de intención, como ocurrió en el caso de *“los niños de california”*.

En este caso de *“los niños de California”*, finalmente acabó pronunciándose el Tribunal Supremo mediante la sentencia de 6 febrero de 2013. A modo de

⁴⁰ Véase, Sentencia de 18 marzo 2014. TJCE 2014\113, Sentencia del TEDH núm. 65192/11, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022\1190.

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022\1190.

⁴² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

resumen, todo comienza cuando, tras realizar dos hombres españoles un contrato de gestación por sustitución, interesan la inscripción en el Registro Civil español de los dos menores nacidos en virtud de dicho contrato, presentando una certificación registral extranjera que establecía la filiación de los menores a favor de los padres de intención. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 resolvió que debía estimarse la inscripción, ordenando que se procediese a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constaban en la certificación registral extranjera aportada. Pero la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, acabó dejando sin efecto esta inscripción, ya que los contratos de gestación por sustitución son nulos en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este asunto acaba siendo resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia arriba citada y en el mismo sentido que en Primera Instancia, no aceptando la inscripción de los nacimientos. Aun así, el Tribunal Supremo señala que hay que atender siempre al interés superior del menor, lo que le lleva a reparar especialmente en la situación de desprotección en la que se quedarían los menores si no se procede a su inscripción a favor de los padres de intención.

La mencionada Sentencia establece que *“el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto”*. Por consiguiente, se debe integrar a los menores en un núcleo familiar de hecho, que en este caso sería el de los padres de intención, pues son ellos los que -desde que se produce el alumbramiento- asumen todos los derechos y velan por los menores.

En este sentido, el Tribunal Supremo falló desestimando las inscripciones de los menores en el Registro, pero instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones oportunas para la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”, lo que se debía hacer mediante adopción o acogimiento familiar; de esta forma los nacidos mediante gestación por sustitución siempre podrán ser incluidos en el núcleo familiar de los padres de intención.

En este mismo sentido la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2022, establece que, *“si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno*

o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos”, por ello, con independencia de que se cuente con una resolución extranjera o no, los nacidos mediante gestación por sustitución son inscritos en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención, dando protección así a estos menores, ya sea por el cauce de la resolución extranjera o por el cauce de la adopción.

6. Conclusiones

Tras todo lo que ha sido expuesto hasta aquí, cabe destacar las siguientes conclusiones:

I.-El contrato de gestación por sustitución es el instrumento a través del cual la mujer gestante y los padres de intención acordarán los términos en los que se va a llevar a cabo la fecundación, gestación, y posterior entrega a los padres de intención del nacido en virtud del contrato. Este contrato puede suponer un beneficio económico para la mujer gestante, siendo el negocio oneroso en tal caso, o recibir únicamente una compensación resarcitoria por las molestias causadas durante el procedimiento, caso en el cual el contrato es gratuito.

En España, la Ley 14/2006 declara expresamente que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y, además, el Código Penal tipifica como delitos todas las acciones que se llevan a cabo en estos contratos.

II.- La filiación está informada por una serie de principios rectores, que permiten la investigación de la paternidad y maternidad biológica, prohíben que se produzca discriminación alguna por el hecho de que se determine la filiación por naturaleza o por adopción y aseguran que en todo momento prime el interés superior del menor.

La filiación por naturaleza contiene un dato biológico de unión con los progenitores, que a su vez puede ser matrimonial o no en virtud de si media vínculo matrimonial entre los progenitores o no, mientras que la filiación por adopción se determina mediante resolución judicial tras tramitarse el oportuno procedimiento.

En cuanto a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, encontramos una serie de peculiaridades, en función de quien interese la filiación:

-Matrimonio heterosexual: se le aplica el régimen general sobre la filiación por naturaleza.

-Mujer sola: se le aplica el régimen general sobre la filiación por naturaleza y queda determinada únicamente la filiación materna.

-Matrimonio homosexual formado por dos mujeres: la Ley 14/2006 establece que se determinará la filiación materna mediante el parto, por ello se determinará la filiación a favor de la mujer que ha gestado al nacido, pero la Ley establece la posibilidad de que la cónyuge de esta, pueda consentir que se determine la filiación del hijo de su cónyuge también a su favor.

-Matrimonio homosexual formado por dos hombres: legalmente en España, un matrimonio homosexual formado por dos hombres únicamente podrá determinar la filiación de un hijo a su favor, mediante la adopción.

-Hombre solo: para que se determine únicamente la filiación paterna de un menor, habrá que realizar los trámites de adopción, si bien, si ha realizado un contrato de gestación por sustitución en el que él era padre de intención y ha aportado la carga genética, podrá reclamar la filiación por naturaleza del nacido.

III.- La determinación de la filiación da lugar al nacimiento de una serie de derechos y obligaciones tanto para los padres como para los hijos (así, por ejemplo, determinación de los apellidos del hijo, nacimiento de la patria potestad, derechos sucesorios a favor de ambas partes).

IV.- La determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ha sido encomendada a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior DGRN), la cual ha venido aprobando Instrucciones y dictando Resoluciones acerca de la materia, cuya evolución ha sido la siguiente:

En un primer momento, se atendía al principio de veracidad biológica sin necesidad de prueba plena, es decir, cuando se interesaba la inscripción en el Registro Civil español de un nacido mediante gestación por sustitución, debía existir una apariencia de paternidad o maternidad biológica y que en la certificación de nacimiento extranjera que se presentaba en el Registro no constase ningún término acerca de la gestación por sustitución para cumplir con el principio de veracidad.

Posteriormente, con la Resolución de 18 de febrero de 2009, se suprime la necesidad de atender al principio de veracidad biológica y se declara que únicamente será necesario para determinar la filiación de estos nacidos, que se presente ante el Registro Civil español una certificación extranjera en la que se determine la filiación a favor de los padres de intención, siempre que la misma haya sido emitida por la autoridad competente extranjera, se hayan respetado los derechos de defensa de las partes y que la certificación extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español, declarando que estas no son contrarias al orden público en atención al interés superior del menor.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, deja sin efecto la anterior Resolución basándose en la nulidad de los contratos de gestación por sustitución establecida

en la Ley 14/2006. Pero de cumplirse los efectos de la nulidad, es decir, restitución de las prestaciones, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debía determinarse a favor de la mujer gestante, incluyendo al menor en un núcleo familiar que no esperaba la llegada de un bebé o que incluso no quiere asumir esos derechos y obligaciones, decisión, cuanto menos, moralmente reproachable.

Tras ello, la DGRN aprueba la Instrucción de 5 de octubre de 2010, estableciendo la necesidad de contar con una resolución judicial extranjera o una resolución de jurisdicción voluntaria extranjera que determinase la filiación a favor de los padres de intención. En caso de disponer de una resolución judicial extranjera, se deberá realizar el correspondiente procedimiento de exequátur para que se reconozca y ejecute dicha resolución extranjera en España, surtiendo así efectos en nuestro país y determinándose la filiación a favor de los padres de intención, y si se dispone de una resolución de jurisdicción voluntaria el Encargado del Registro deberá constatar que se cumplen una serie de requisitos, encaminados al respeto de los derechos de las partes, el orden público y el interés superior del menor.

Pero actualmente la Instrucción vigente que regula esta materia es la Instrucción de 18 de febrero de 2019, la cual introduce una única modificación con respecto a la anterior en cuanto al momento de obtención de los documentos identificativos de los menores para poder viajar a España. De esta forma, con la Instrucción de 2010 hasta que los padres de intención no conseguían determinar la filiación de los nacidos a su favor no podían obtener los pasaportes para viajar a España y con la nueva Instrucción los padres de intención podrán obtener los pasaportes, viajar a España, y una vez ya residiendo en nuestro país, se resuelva la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

V.- El interés superior del menor asegura que los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución acaben incluidos en el núcleo familiar de los padres de intención, con mención de la filiación a favor de ellos.

Debe entenderse que el interés superior de estos menores, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra encaminado a que los menores se queden al cuidado de los sujetos que hayan prestado su consentimiento para ser padres: por ello, en los procedimientos relativos a la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la misma debe establecerse a favor de los padres de intención.

Asimismo, cuando no se dispone de ninguna de las resoluciones judiciales válidas para interesar la determinación de la filiación de los menores, los Tribunales obligan al Ministerio Fiscal, en atención al interés superior del menor, a iniciar los trámites oportunos para que se pueda determinar la filiación por

adopción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

7. Bibliografía

ALBERT MARQUEZ, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, Diario La Ley, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. “Delitos relativos a la reproducción asistida”. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998.

BERROCAL LANZAROT, A. I. “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”. Revista de la Escuela de Medicina Legal, enero de 2007.

FEMENIA LÓPEZ, P.J., “La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia”, Dykinson, Madrid, 2019.

GETE-ALONSO, M. C., “Filiación y potestad parental”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., “La verdad biológica en la determinación de la filiación”, Dykinson, Madrid, 2013

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010.

LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”, Dykinson, Madrid, 2022.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de familia. Principios de Derecho Civil”, Marcial Pons, Madrid, 2009.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Tratado de Derecho de Familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios.”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LUCAS ESTEVE, A. “La gestación por sustitución” Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NEVADO MONTERO, J. J., “Análisis de la patria potestad, sus fundamentos y diferenciación con otras instituciones”, J.M Bosch, Barcelona, 2021.

PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.” Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ BENOT, A., “Manual de derecho Internacional Privado”, Ed. Tecnos, 6a edición, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”, Indret, N°3, 2022.

URRUTIA BADIOLA, A. M. “Las Relaciones Paterno-Filiales, Adopción y Potestad Parental”, Dykinson, Madrid, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Derecho civil para el grado IV. Derecho de familia”, Dykinson, Madrid, 2013.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Derecho Civil II. Obligaciones y contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

VILAR GONZÁLEZ, S. “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017.

8. Normativa y jurisprudencia

Convención sobre los derechos del niño, aprobada en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991.

España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm 281, de 24 de noviembre de 1995.

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

España. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. «BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 2009

España. Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los

nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 marzo 2014, nº 2014\113

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 65192/11.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo, nº 277/2022. RJ 2022\1190.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre, nº 781/2022. RJ 2021\5249.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de julio, nº 725/2022. RJ 2002\8237.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de julio, nº 719/2003. RJ 2003\4621

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno). Sentencia núm. 835/2013 de 6 febrero. RJ 2014\833.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010. Roj: SJPI 25/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:25.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo núm. 881/2016 de 23 de octubre. rec. 1604/2012

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO. VULNERACIÓN DE LOS DDHH DE MUJERES Y MENORES

**Institutional violence and the legal concept. Violation of the human
rights of women and minors**

Por Elena del Pilar Ramallo Miñán

Profesora e investigadora. Doctora en derecho
e.ramallo@udc.es

Artículo recibido: 09/05/23 | Artículo aceptado: 01/07/23

RESUMEN

Este estudio indaga sobre la vulneración de los DDHH de mujeres y menores en el marco del Objetivo Desarrollo Sostenible nº5 (ODS-5) de Naciones Unidas. Su objetivo es aportar iniciativas y medidas para llevar a cabo y limitar la violencia institucional que sufren las mujeres y sus hijos/ o menores en sede judicial que denuncian maltrato y abusos sexuales. Con consecuencias terribles para ambos.

La existencia de este maltrato está avalada por miles de denuncias presentadas ante el Defensor del Pueblo español, denunciada por Naciones Unidas y el Consejo Europeo. Este maltrato, asimismo, está reconocido por el propio Consejo General del Poder Judicial, que llegó a publicar una guía de buenas prácticas y recomendaciones para jueces y fiscales. Este martirio es una brutal vulneración de los DDHH de mujeres y menores efectuada en los juzgados españoles que desoyen a diario, dictámenes y numerosas recomendaciones sobre esta violencia, a pesar de la elevada lesividad que esta destrucción supone a las víctimas. Este tipo de maltrato ha sido calificado por muchas víctimas como “la otra muerte”.

ABSTRACT

This study investigates the violation of the human rights of women and minors within the framework of the Sustainable Development Goal nº5 (SDG-5) of the United Nations. Its objective is to provide initiatives and measures to carry out and limit the institutional violence suffered by women and their children/or minors in court who denounce mistreatment and sexual abuse. With dire consequences for both.

The existence of this abuse is supported by thousands of complaints filed with the Spanish Ombudsman, denounced by the United Nations and the European Council. This mistreatment is also recognized by the General Council of the Judiciary itself, which published a guide to good practices and

recommendations for judges and prosecutors. This martyrdom is a brutal violation of the human rights of women and minors carried out in the Spanish courts that daily ignore opinions and numerous recommendations on this violence, despite the high level of harm that this destruction implies for the victims. This type of abuse has been described by many victims as "the other death".

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, mujeres, menores, violencia institucional.

KEYWORDS

Human rights, women, minors, institutional violence.

Sumario: 1. Planteamiento y objetivo de la investigación. 2. El concepto de la violencia institucional y los derechos humanos. Alcance de este tipo de maltrato, ubicación donde se produce y víctimas. 3. Contextualización y reconocimiento de este maltrato por parte de Instituciones internacionales y nacionales. 4. Los agentes que intervienen en el proceso: Principales y secundarios. Principales: jueces y fiscales. Secundarios: psicólogos forenses, servicios sociales, policías y guardia civil. 5. Generalidades y casos que sientan precedente y abren la vía a la responsabilidad del Estado. 6. Otros casos utilizados y la metodología aplicada. 7. Vulneración de derechos de mujeres y menores víctimas. 8. Principales causas que generan el maltrato institucional. 9. Propuestas de modificación normativa. Reflexiones conclusivas. 10. Bibliografía.

1. Planteamiento y objetivo de la investigación

El principal objetivo de esta investigación es poner de manifiesto la relación existente entre la violencia institucional y las acciones o resoluciones sostenidas basándonos en la aplicación de sesgo de sexo.

Este maltrato tiene un rasgo muy definido en relación con cualquier otro tipo, quienes lo ejercen (jueces y fiscales) y quienes lo padecen (mujeres/madres y menores/hijos).

La realización de este estudio sobre la violencia institucional se plantea desde la necesidad de indagar en un tipo de violencia apenas estudiada y, que no se encuentra definida jurídicamente, por lo tanto, carente de desarrollo legislativo. Y, sin embargo, una de las violencias más destructivas.

Este artículo plantea una aproximación al término, contexto en el que se produce y quien la ejerce. Así como, la identificación de las causas, una formulación de medidas y propuestas de modificación normativa con reflexiones conclusivas sobre este tipo de violencia.

La necesidad de avanzar sobre la identificación y reconocimiento (legal), la prevención mediante medidas que eviten este maltrato (que en casos extremos tiene como consecuencia el asesinato de la madre o de los menores o de ambos), y el hecho de que los Estados asuman la responsabilidad por la no acción, negligencia o por indolencia judicial es fundamental. Para ello, es de cardinal importancia que, existan estudios que definan, identifiquen y expongan las consecuencias de este maltrato, así como, que aporten acciones para evitarlos y medidas de reparación del daño.

2. El concepto de la violencia institucional y los Derechos Humanos.

Alcance de este tipo de maltrato, ubicación donde se produce y víctimas

En cuanto a la definición de Violencia Institucional, podríamos identificarla como: todos los actos u omisiones de los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin, dilatar, obstaculizar o impedir el ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres o menores, así como, el acceso de las políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia sobre estos. Los poderes públicos deben asumir que cada mujer o menor asesinado representa un gravísimo fallo del Sistema, que evidencia la incapacidad de proteger su vida. Siendo claramente responsabilidad del Estado.

Por tanto, la vulneración de los derechos de las mujeres y de los menores en los casos de maltrato institucional producidos por la omisión, negligencia o por indolencia de las estructuras del Estado destinadas a la protección de estos, son una vulneración de Derechos Humanos (DDHH).

Esta violencia se asienta sobre estereotipos de género como principal causa. Por lo que, estamos hablando de la aplicación de discriminación por razón de sexo que atenta contra los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución en su artículo 14.

La discriminación contra las mujeres que manifiestan reiteradamente en todas las estructuras del Estado (Fuerzas y cuerpos de Seguridad, funcionarios, sanitarios, Servicios sociales o IMELGA...) pero con especial contundencia en el Sistema Judicial (jueces y fiscales). Y, esto se evidencia desde la consideración como menos creíble del testimonio de una mujer sobre el de un hombre, pasando por la no acción ante situaciones de denuncia de maltrato, negligencia o por indolencia judicial, con consecuencia de muerte en los casos más extremos. El cuestionamiento de las mujeres denunciantes, restándoles crédito, fortalece la posición de los agresores sobre estas y, además, niega la asignación de medidas de protección, por ejemplo, no asignando órdenes de protección. Este tipo de maltrato se desarrolla sobre las mujeres, como tales, pero con mayor crudeza sobre madres que denuncian violencia, maltrato o abusos sobre ellas o sus hijos. Y, la ejecución de este maltrato se sitúa, sobre todo, en el ámbito judicial, en la no

aplicación de las normativas de protección o la valoración de pruebas. El origen de este maltrato parte de dos procesos judiciales; la separación/divorcio y las denuncias de violencia (maltrato o abusos) sobre madre o menores.

3. Contextualización y reconocimiento de este maltrato por parte de Instituciones internacionales y nacionales

En cuanto a la contextualización, podríamos comenzar revisando cuando fue la primera vez que se utilizó el término violencia institucional. Y esto fue, en un documento oficial en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, aprobada en 1993. Y así, se recoge en el artículo dos, referencias a la violencia física, sexual o sociológica “perpetrada o tolerada por el Estado” es decir, la institucional. En 1996, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer, dedica un capítulo entero a los Deberes del Estado: Los Estados partes deberán abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velarán porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes, Instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

A nivel europeo, este reconocimiento se inscribe en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, el Convenio de Estambul, en sus artículos 5 y 30¹, señalan: “Las partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán que las autoridades, los funcionarios y las Instituciones estatales, así como los actores que actúan en nombre del Estado, se comporten de acuerdo con esta obligación”. “Las partes tomarán las medidas legislativas para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos cometidos por actores no estatales”.

En común, todos estos documentos establecen que los Estados no pueden efectuar cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velarán porque los agentes del Estado (instituciones, autoridades, funcionarios, jueces) cumplan con esa obligación. Es decir, el Estado debe de ser garante y tiene una responsabilidad a la hora de prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres.

En nuestro país, no encontramos referencias en la legislación española y, por lo tanto, no hay legislación específica sobre violencia institucional, más allá de la anexión al Convenio europeo contra la violencia contra las mujeres, conocido como Convenio de Estambul, firmado por 46 países y ratificado por 34, entre ellos, España. Sin embargo, el debate sobre la necesidad de desarrollo legislativo de este tipo de maltrato, igual que del de violencia vicaria o de extensión, ya se encuentra abierto, aunque sin concretar ni materializar. El hecho

¹ Artículos 5 y 30 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres, el Convenio de Estambul

de no estar ni recogido legislativamente, como violencia vicaria o de extensión, dificulta cualquier tipo de medida a emprender.

Ni en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ni las legislaciones autonómicas se han incluido definiciones de la violencia institucional y, muy escasamente, se hace referencia a los procesos de victimización secundaria. Por lo que, la responsabilidad del Estado sobre el daño, reconocimiento y reparación de este es inexistente. La única excepción legislativa del término la encontramos en la ley catalana contra la violencia de género, Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que referencia: "acciones y omisiones de las autoridades, el personal público y los agentes de cualquier organismo o institución pública que tengan por finalidad retrasar, obstaculizar o impedir el acceso a las políticas públicas y al ejercicio de los derechos que reconoce". Además, la mencionada norma refiere la falta de diligencia debida en los casos de esta violencia y la utilización del Síndrome de Alienación Parental (en adelante SAP). Lo que supone un transcendental avance que debería de ser incorporado al ámbito nacional.

Como se exponía anteriormente, este tipo de maltrato que, si tiene reconocimiento internacional, es inexistente en el ámbito nacional, de ahí la importancia de avanzar en estudios que puedan conformar próximas normativas que aborden el tema. Su aplicación en nuestro país, está avalada por denuncias presentadas ante el Defensor del Pueblo español y, muchas otras, ante Naciones Unidas y el Consejo Europeo. Todos los organismos mencionados se han pronunciado sobre este tipo de violencia, incluso el propio Consejo General del Poder Judicial reconoce su existencia.

Naciones Unidas y el Consejo Europeo en diferentes dictámenes en la que reiteran que las sentencias en casos de las madres que denuncian maltratos o abusos sobre sus hijos aplican este maltrato, agudizado por el concepto incomprensible de que, las madres son prescindibles en la vida de sus hijos y manipulan a sus hijos. A la no aplicación de las normativas de protección sobre los menores, en casos de maltrato o abusos, se le suma la negativa de muchos juzgadores a no retirar las custodias, ni el régimen de visitas a los maltratadores, con el grave riesgo que ello supone para los menores. La misma reticencia la encontramos en la negativa de muchos juzgadores a retirar la custodia o régimen de visitas, como recoge la ley, en casos de violencia de género sobre la madre.

Conviene recordar, lo que recogía el Informe Sombra sobre la aplicación en España 2015-2018 de la CEDAW² (Convención sobre la eliminación de todas

² CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de

las formas de discriminación contra la mujer) en su página tres; La violencia Institucional por acción u omisión del Estado no es reconocida. No hay una revisión oficial del sesgo de género en resoluciones judiciales, como el voto particular de la sentencia 38/2018 que vio “jolgorio” en la joven violada por cinco hombres, la sentencia 257/2018 del Juzgado Penal 1 de Granada condenando a Juana Rivas a cinco años de prisión y seis sin la patria potestad de sus hijos y, las referencias en la sentencia del juez Manuel Piñar al apoyo de asociaciones de mujeres maltratadas o agrupaciones feminista como “arengar a una multitud irreflexiva y visceral” es que ante estas resoluciones es evidente que se aplica un sesgo de sexo negativo hacia la mujer³. Y, a todo ello, se le suma el hecho de que el CGPJ le abrió expediente disciplinario, al juez Piñar, por sus mensajes en redes sociales en relación con el proceso de Juana Rivas y otras personas. Proceso disciplinario que, finalmente, quedó archivado al no encontrar el órgano de gobierno de los jueces encaje en el régimen disciplinario, “no encuentra el debido acomodo en ninguna de las faltas que contemplan los artículos 417, 418 y 419 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Por lo que, cabe señalar la necesidad de adaptar la capacidad disciplinaria y sancionadora de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la nueva realidad social que vivimos en la que, la tecnología, las redes sociales y la inteligencia artificial forma parte de nuestras vidas.

Asimismo, es necesario referir que los juzgados deniegan más de la mitad de las solicitudes de órdenes de protección a víctimas, primando los derechos de los maltratadores o abusadores sobre los de las víctimas. Esto demuestra claramente que estas situaciones de violencia judicial se normalizan y son aceptadas por el Estamento judicial como ordinarias, y, únicamente, son modificadas por la presión social y mediática en casos muy mediáticos.

Y, no cabe plantear que puede ser una visión parcial de la justicia española, cabe recordar que el Comité del CEDAW está formado por 23 expertos independientes sobre los derechos de la mujer en todo el mundo y, ha condenado reiteradamente a España por decisiones judiciales discriminatorias hacia las mujeres⁴. El Tribunal Supremo indicó que los dictámenes de la CEDAW son vinculantes y de cumplimiento obligado, puesto que el Estado español firmó esa Convención que indica que “los Estados se comprometen a adoptar todas las

todas las formas de discriminación contra la mujer). Noveno informe periódico de España Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 25/11/2021 CEDAW/C/ESP/QPR/9 2/44 19-14072.

³ <https://elpais.com/sociedad/2023-03-24/el-cgpj-abre-expediente-disciplinario-por-sus-mensajes-en-redes-al-juez-que-sentencio-a-prision-a-juana-rivas.html>

⁴ Los expertos de ONU recogen en su informe A/77/197: Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental - El racismo y el derecho a la salud, que “los operadores de la justicia en España realizan una interpretación discriminatoria de la legislación basa en prejuicios y estereotipos de género”.

medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente convención”.

Además, la sentencia del Alto tribunal ratifica, más allá del caso del asesinato de Andrea, la necesidad de que la Justicia adopte medidas adecuadas y eficaces que tengan en cuenta los antecedentes de violencia machista al concretar derechos de custodia y visitas de los hijos para no arriesgar su seguridad.

El Supremo recuerda que el artículo 96 de la Constitución española reconoce como parte de la legislación nacional toda la normativa internacional firmada, ratificada y publicada en el Boletín Oficial del Estado, además de que el artículo 10.2 de la Constitución indica que “las normas de derechos fundamentales se interpretan y aplican según la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia”. Es decir, tratados y convenciones de la ONU son de obligado cumplimiento, incluso si hay que elaborar leyes y normas para aplicarlos correcta y eficazmente. La sentencia del Supremo no se refiere solo al cumplimiento del dictamen de la CEDAW en el caso Ángela González, sino que todas las propuestas de cualquier convenio internacional y de todos los comités de derechos humanos de la ONU obligan.

4. Los agentes que intervienen en el proceso: Principales y secundarios. Principales: jueces y fiscales. Secundarios: psicólogos forenses, servicios sociales, policías y guardia civil

4.1. Principales: jueces y fiscales. El papel de estos agentes del estamento judicial es principal y, requiere de un profundo análisis por la trascendencia que tiene sobre este tipo de maltrato.

No pretende esta investigación generalizar, porque sería faltar a la verdad y, desvirtuar la buena praxis y profesionalidad de muchos jueces y fiscales. Profesionales imprescindibles en la lucha contra la violencia machista y la protección de los menores. Pero dicho esto y, basándose en los datos y las numerosas denuncias ante organismos como ONU Mujeres o el Defensor del pueblo, entre otros, es evidente que hay un grave problema de mala praxis y de vulneración de derechos en el ámbito de la justicia respecto a la violencia machista. Los agentes judiciales⁵, fiscales y jueces, son los principales responsables de la aplicación del maltrato institucional y de su erradicación, ya que, son ellos los garantes últimos de las decisiones sobre la vida de los menores y mujeres.

Como se analizará con detalle en apartados posteriores, los principales motivos que llevan a estos actores judiciales a desarrollar el maltrato institucional

en sus decisiones y resoluciones judiciales son: la falta de credibilidad del relato por prejuicios de género y por la aplicación del Síndrome de Alienación Parental (en adelante SAP). Todo ello, reconocido y denunciado por la ONU⁶ o Defensor del Pueblo evidenciado, también, en esta investigación.

Aunque la justicia no quiere reconocer, a pesar de las evidencias, este maltrato, cada vez hay más voces que manifiestan que hay que cambiar los modos de tratar a las víctimas. Entre ellos, el magistrado del Tribunal Supremo, D. Vicente Magro Servet y, uno de los redactores de la Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de las víctimas de violencia de género⁷ realizada por CGPJ. Esta guía reconoce este maltrato y plantea modos de evitarlo. Declara que, el primer contacto con la víctima es clave y, que desde el momento en el que las víctimas acuden a los tribunales hay que evitar la revictimización. Reseñaba que el objetivo es “evitar una segunda victimización y el peregrinaje de la mujer por sucesivos interrogatorios y maltratando así de nuevo a las mujeres, esta vez por parte del Sistema judicial”, pero, sobre todo, la falta de credibilidad del relato de la víctima, como se ha manifestado y, se tratará con mayor intensidad en posteriores apartados, es uno de los principales modos de maltrato. Esta situación se produce cuando la mujer/madre denuncia maltrato o abusos sobre sus hijos, a pesar de saber y, estar contrastado con datos que, los menores son utilizados por los maltratadores, en un elevado número de ocasiones para hacer más daño a la madre, las problemáticas que surgen con estas denuncias son reiteradas.

Dejando a un lado, las denuncias por maltrato y abusos y, centrándonos únicamente en la asignación de custodias, la penalización para la mujer, se mantiene. De la lectura de numerosas sentencias se ha observado que se aplica, un sesgo retrógrado de la justicia española en cuanto a las decisiones que afectan a las mujeres/madres que tienen trabajos de horarios intensos o destacados profesionalmente⁸, siendo penalizadas por entender que no dedican suficiente tiempo a los hijos. Lo que no ocurre nunca en el caso de los padres, cuando se trata de decisiones que afectan a los hijos, respecto a la conciliación, dedicación o disponibilidad.

⁶ A/77/197: Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental - El racismo y el derecho a la salud, que “los operadores de la justicia en España realizan una interpretación discriminatoria de la legislación basa en prejuicios y estereotipos de género”.

⁷ Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de las víctimas de violencia de género <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-buenas-practicas-para-la-toma-de-declaracion-de-victimas-de-violencia-de-genero>

⁸ En la parte del análisis se exponen algunos de esos casos.

4.2. Secundarios: psicólogos, trabajadores sociales, servicios sociales, policías y guardia civil

Los trabajadores sociales, psicólogos... adscritos a los juzgados para elaborar los informes psicosociales, así como, los trabajadores de los Servicios sociales realizan una aplicación del SAP elevadísima. En el caso de los trabajadores de los Servicios sociales, esta aplicación se ha visto reforzada por los poderes arrogados en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIVI) en su art. 41.1 (El personal funcionario que desarrolle su actividad profesional en los servicios sociales, en el ejercicio de sus funciones relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes, tendrá la condición de agente de la autoridad...). Esta modificación legislativa es un despropósito por las consecuencias (retirada de custodias y derivación a centros de menores) y el hecho de no necesitar el aval judicial. Del análisis de este punto de la LOPIVI se desprende que los redactores de la misma desconocen la realidad existente.

En relación con los redactores de los informes psicosociales, en lo que la aplicación del SAP es lo habitual, es necesario manifestar la necesidad imperiosa de modificar la metodología de estos. Grabando todo el proceso de entrevista, y permitiendo contrastar los cuestionarios, facilitando las grabaciones de las entrevistas a los letrados de los progenitores, con el fin de comprobar que, el contenido de los informes se ajusta a lo declarado y no se ha aplicado el SAP. Los profesionales que los realicen, en ningún caso, someterán, sobre todo, a las madres a un proceso de cuestionamiento continuo sobre su relación con los hijos, modo de vida, trabajo, etc. Como ocurre en la actualidad.

Los informes serán orientativos para los jueces, pero no podrán ser considerados prueba fundamental como son hasta ahora. Un informe realizado sobre una entrevista de una o dos horas y un test, no puede definir un proceso como prueba principal para asignar una custodia, como ocurre en la actualidad. Por otro lado, la realización del plazo de espera de los informes psicosociales en ningún caso podrá exceder el plazo máximo, de cuatro meses, para su elaboración y entrega al juzgado. En la actualidad están en plazos de entre año y medio y dos años, lo que para la vida de un menor es contraproducente.

Otros agentes que intervienen en el proceso son los cuerpos de la Policía y Guardia civil y, son esos los que tienen mayor consideración entre las mujeres/madres y menores víctimas en cuanto a trato y credibilidad del relato de los hechos. Aunque, se mantienen una minoría, sobre todo, en agentes no especializados, cierta idea preconcebida de que las mujeres denuncian por despecho o venganza sobre sus ex parejas y son unas manipuladoras. En general, la opinión de las mujeres, madres y menores con los agentes es buena.

5. Generalidades y casos que sientan precedente y abren la vía a la responsabilidad del Estado

Se refería en otro apartado de este estudio que, el origen de este maltrato parte de dos procesos judiciales; separación/divorcio y las denuncias de violencia sobre madre o menores.

En relación con los primeros, como he manifestado en otros trabajos, resulta imperativo una modificación profunda del derecho de familia, así como, la competencia y especialización de los Juzgados y Tribunales. Porque en la actualidad, estos procesos no son asumidos siempre por juzgados especializados. En partidos judiciales pequeños o rurales estas causas son sustanciadas en juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, no especializados, donde muchas veces se origina el maltrato, por la falta de sensibilidad y de relevancia a este tipo de procesos con menores. Sin embargo, el maltrato se produce también en juzgados especializados, como ocurre en los de violencia, fundamentalmente, por la falta de credibilidad hacia la mujer o/y madre.

En los casos de violencia cabe diferenciar, entre las denuncias de violencia de género y, cuando la madre denuncia maltrato o abusos sobre los menores. En el caso de las mujeres víctimas, cuando no se les cree, no se les protege. En la mayoría de los casos no concediendo la orden de alejamiento al ponderar los derechos del agresor, de privación de libertad, sobre la seguridad de la víctima.

En el caso de las segundas denuncias, cuando la madre denuncia maltrato o abusos sobre los menores, el maltrato es doble. El ejercido sobre el menor y sobre la madre. Sobre el menor, porque en demasiados casos, no se les cree y se les condena a mantener contacto con el maltratador o el abusador, o se les obliga a vivir con él y, perder contacto con la madre. Y, sobre la madre, una de las casuísticas más habituales en el maltrato institucional se produce cuando se les retira la custodia y restringe el contacto con los hijos al denunciar estos hechos, por considerarlos no probados. En estos casos, la aplicación del denominado Síndrome de Alienación Parental (en adelante SAP)⁹ sobre la madre (sin prueba alguna exponiéndola como una manipuladora) que, a pesar de no estar reconocido por ninguna institución médica, psicológica o jurídica a nivel

⁹ Sobre SAP, incluso en las conclusiones del 17º Seminario de Fiscales Delegados Españoles en violencia sobre la mujer, celebrado a finales del 7 abr 2023, detalla que el SAP -definido en 1985 por el psiquiatra estadounidense Richard Gardner, quien escribió que hay niños que «seducen» al adulto y que la sociedad es «excesivamente moralista y punitiva» con la pedofilia- no ha sido avalado por ninguna organización científica" y está elaborado con premisas inválidas y "falacias". Disponible en: <https://www.sindromealienacionparental.com/wp-content/uploads/2023/04/Conclusiones-Fiscales-VG-copia.pdf>

Hasta el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) ha rechazado su aplicación y sus guías incluyen que "no puede fundamentarse un cambio en el régimen de custodia" por ese falso síndrome.

internacional, se aplica. Y, aunque se prohibió por ley, Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Se hace especial hincapié en que los poderes públicos deberán impedir que se utilicen planteamientos teóricos o criterios que no han sido avalados por la comunidad científica, que no es otra que la sospecha recurrente que albergan jueces y algunos profesionales relacionados con los servicios familiares médicos o educativos respecto a la presunta manipulación a la que los niños habrían sido sometidos por parte de las madres, el llamado Síndrome de Alienación Parental (SAP) (art. 11.3), se mantiene su aplicación y sus terribles consecuencias.

Sobre el maltrato institucional, otros expertos, como referencia (Bodelón 2014)¹⁰ se producen por las carencias en la formación y sensibilización, la aplicación clara de estereotipos de género contra mujeres, bien cuando denuncian violencia sobre ellas mismas o sobre sus hijos.

Los dos casos que en España sientan precedente de este maltrato, con consecuencias terribles (el asesinato de sus hijas) son el de Ángela González y el de Itziar Prats. Ambas fueron pioneras, aunque de modos diferentes. Mientras la primera, lo consiguió con el aval internacional (ONU) y vía judicial, la segunda abrió el camino al reconocimiento del Estado como tal, con el apoyo del Defensor del Pueblo, por la aplicación de discriminación de género, en la falta a la credibilidad que se dio a las denuncias que alertaban sobre el riesgo para la vida de sus hijas y, que fueron desoídas por la justicia.

La condena al Estado español¹¹ conseguido por Ángela¹² González¹³ en relación con la muerte de su hija sentó un precedente en relación con la

¹⁰ BODELÓN, E. Violencia institucional y violencia de género. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, Granada. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2783/2900>

¹¹ España. Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio. 17 de julio de 2018: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acepta el recurso de casación contra la Sentencia de 2 de noviembre de 2016, anulando esa resolución judicial e imponiendo a la Administración demandada una condena por importe de seiscientos mil (600.000) euros por los daños morales sufridos y a las costas de la instancia y en cuantía total de diez mil (10.000) euros.

¹² A modo de evitar confusiones, todas las sentencias referidas a las peticiones de Ángela González, con el fin de preservar el anonimato y proteger a la víctima, los tribunales han aplicado llamada anonimización o el llamado “derecho al olvido”. El Tribunal Constitucional considera adecuado excluir de sus sentencias la publicación de nombres y apellidos, situaciones personales, así como cualquier referencia que pudiera identificar a una persona concreta. Y, asume de oficio, la obligación de preservar en sus sentencias el anonimato de los “menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios”. Pero cabe señalar, a modo de aclaración, que en este caso en concreto cada sentencia refiere un nombre distinto, por lo que se podría producir una situación de confusión al ser consultada, por lo que se advierte.

¹³ MAYORDOMO RODRIGO V. *David frente a Goliath: El superior interés del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva en tela de juicio*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL 2020.

culpabilidad del Estado¹⁴, obligar a iniciar un cambio sobre la responsabilidad del Estado por la violencia institucional ejercida sobre ella y su hija. La hija de Ángela González fue asesinada por su padre durante una visita sin supervisión en 2003. La madre había interpuesto más de 50 denuncias por malos tratos y, pese a ello, se le permitía visitar a la niña sin vigilancia. No se le creyó, no se atendió a sus alertas, no se le protegió, en definitiva, el Estado hizo dejación de funciones. Como ha ocurrido en muchos otros casos, con un final trágico. Sin embargo, Ángela consiguió sentar un precedente, no sin una lucha atroz. No exenta de una perversidad institucional absoluta. Se vio obligada a agotar todas las instancias españolas, incluso el Constitucional¹⁵, para solicitar la responsabilidad del Estado¹⁶ por negligencia. Ángela se vio obligada a presentar el caso ante Naciones Unidas para que se obligase al Estado español a reconocer la responsabilidad y, se condenara a las autoridades españolas el no proteger los derechos de madre e hija. No velando por la integridad física de la menor, otorgando un régimen de visitas¹⁷ al maltratador¹⁸, aun teniendo conocimiento del riesgo que corría la menor. Su reclamación ante Naciones Unidas¹⁹ implicó, un dictamen y la primera condena al Estado español por violencia institucional. La primera sentencia de este tipo en el país, un caso pionero. El Tribunal Supremo, finalmente, se vio obligado a reconocer los fallos del Sistema judicial y la responsabilidad del Estado²⁰ en la protección su Andrea y estableció una indemnización a la madre por los daños morales.

En el marco del Proyecto de Investigación: *La integración social del menor víctima a partir de una tutela penal reforzada*. Ministerio de Economía y Competitividad. Código del Proyecto: DER2017-83329-R.

¹⁴ España. Sentencia Tribunal Supremo 5349/2010, de 15 de octubre 2010: La Sala Tercera, Sección Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

¹⁵ 30 de noviembre de 2010: Acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de sus derechos constitucionales a obtener un recurso efectivo, a la seguridad, a la vida e integridad física y moral, a no ser sometida a tortura y tratos o penas crueles o degradantes, y a la igualdad ante la ley. El 13 de abril de 2011 el Tribunal rechazó el recurso por no presentar relevancia constitucional.

¹⁶ La Sala Contencioso Administrativa de la Audiencia Nacional, en sentencia 4195/2016, de 2 de noviembre niega a Ángela González la reparación por la responsabilidad del Estado en el asesinato de su hija. Sentencia Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio.

¹⁷ 17 de junio de 2002: el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Navacarnero desestima el recurso de Ángela y autoriza las visitas sin supervisión. Establecen que el punto de recogida y entrega de la menor sea en los Servicios sociales.

¹⁸ 24 de abril de 2003: el ex marido de Ángela asesina a su hija Andrea durante una de las visitas no supervisadas y después se suicida

¹⁹ NU, CEDAW/C/58/D/47/2012, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Dictamen en la Comunicación n° 47/2012, de 18 de julio de 2014.

²⁰ España. Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) 17/7/18 reconoce responsabilidad patrimonial del Estado por daños morales, en base al carácter vinculante dictamen CEDAW.

El caso de Itziar Prats²¹, cuya expareja asesinó a sus dos hijas, Nerea y Martina, durante el régimen de visitas²², fue el primer caso en el que sí hubo reconocimiento nacional directo. En una carta difundida a través del Defensor del Pueblo, Itziar Prats recordaba que las amenazas por parte del agresor eran constantes y, que llegó a grabar las conversaciones para presentarlas como prueba. El Fiscal, en la primera comparecencia ante el juzgado de guardia, no pidió que se adoptara medida alguna, es más, se opuso a la solicitud de protección de ella y de sus hijas, aunque posteriormente modificó su criterio, pero la jueza del Juzgado de Violencia²³ desestimó la orden de protección solicitada, cuestionándose, como fundamento de su resolución, el hecho de que la madre había fijado el domicilio cerca del exmarido, y tal circunstancia, según la jueza, no era compatible con que mi miedo fuera real. Es decir, nuevamente no creyeron a la víctima de violencia machista y el resultado fue el asesinato de sus hijas. Estas decisiones son las que en muchísimos casos provocan que las mujeres o las madres no denuncien. Punto que más adelante retomaremos.

El reconocimiento en el caso de Itziar Prats²⁴ es doblemente significativo y relevante, al haber obtenido en vía administrativa, ante los ministerios responsables de la protección de las víctimas el reconocimiento del fallo del Estado y el hecho de reconocer su responsabilidad en la mala praxis. La resolución elaborada por el Ministerio de Presidencia reconoce un “funcionamiento anormal” de la Administración pública que no protegió a las menores, y como consecuencia fueron asesinadas. Sin embargo, nada se recoge sobre la inacción²⁵ y mala praxis de la juzgadora y el fiscal.

Caso Ángela González Carreño. El Tribunal Supremo da la razón a Ángela y condena a España a indemnizarla con 600.000 euros. Además, reconoce la obligación del Estado de cumplir los dictámenes internacionales. Referencia 11.

²¹ Todos los informes de Ministerios, Consejo de Estado y Defensor del Pueblo pudieron ser consultados porque Itziar Prats me permitió consultarlos.

²² En febrero de ese mismo año el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón acuerda otorgar la custodia de las dos menores (de 6 y 2 años) a la madre y establece régimen de visita para el padre.

²³ En enero de 2018 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Castellón inicia actuaciones por violencia de género.

²⁴ Nota informativa del Defensor del Pueblo de 24 de diciembre de 2021 de las actuaciones en relación con el caso de las hijas de Itziar Prats (de 6 y 2 años) que fueron asesinadas <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/defensor-del-pueblo-inicio-2018-una-actuacion-oficio-raiz-del-asesinato-dos-menores/>

²⁵ El Ministerio de Presidencia en su informe (10/2018) señala, que “la imputación del daño no se puede concretar en una actuación específica ni en un órgano determinado, sino que se afirma que el funcionamiento general de la Administración fue insuficiente e inadecuado”.

La resolución de Presidencia, se apoya en un contundente informe previo del Consejo de Estado²⁶, no solo admite ese fallo sistémico que acabó con el asesinato de las niñas. A lo largo de veintidós folios alerta de que el peregrinaje que tuvo que hacer Prats le hizo perder la confianza en el Sistema y desistir. Para el Estado, este desistimiento revela “un hecho de extraordinaria gravedad” que no debe emplearse para cuestionarla, sino para abrir una reflexión sobre las “gravísimas consecuencias que se derivan para las mujeres e hijos sometidos a violencia de género cuando la Administración de Justicia (el último resorte que les queda para buscar protección) un funcionamiento que no está a la altura de los esenciales intereses que se le confían” y donde se ejerce con mayor virulencia la violencia institucional sobre mujeres y menores. Y, se reafirma esta tesis, por el hecho de que, fue el Consejo General del Poder Judicial, cuando revisó la queja de Prats, consideró que el hecho de que ella renunciara a continuar la vía judicial que había sido desatendida reiteradamente, lo que suponía un obstáculo para el procedimiento, sin asumir en ningún momento los fallos, la inacción, el desinterés, el descontrol judicial y la falta absoluta de sensibilidad con un tema de tal gravedad como es la vida de dos menores, en las que se aplicó sesgo de género. El pronunciamiento del Estado expone: “Ninguno de los juzgados concernidos puso en marcha ningún servicio, ni acción, medida o actividad específica y concreta” para velar por el interés superior de las menores “cuya salvaguarda, en aquellos momentos, pendía, en exclusiva, de esos órganos jurisdiccionales y del conjunto de personas y servicios que lo integraban”. Pero, sobre todo, ante las evidencias y el terrible desenlace, no hay pronunciamiento alguno y mucho menos se asume la responsabilidad por la mala praxis judicial. El fallo en este caso fue general. La madre inició un peregrinaje que la llevó a denunciar ante la Policía Nacional²⁷ que temía por la vida de las niñas, aunque en comisaría nadie le preguntó por ellas y descartaron que hubiera riesgo. Acudió al juzgado para que se suspendiera el régimen de visitas que permitía al padre quedarse con las pequeñas. Fue ignorada por jueces y fiscales²⁸. No le concedieron la orden de protección y nadie la creyó, el resultado el asesinato de

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado 661/2021. El Ministerio de la Presidencia, “visto el dictamen del Consejo de Estado 661/2021, resuelve que los dos departamentos ministeriales citados han de indemnizar a la familia, asumiendo cada uno la mitad del importe total, y que la imputación del daño no se puede concretar en una actuación específica ni en un órgano determinado, sino que se afirma que el funcionamiento general de la Administración fue insuficiente e inadecuado”, informa el Defensor del Pueblo (24/10/2018).

²⁷ El 24 de febrero de 2018, Iztiar Prats, madre de las niñas, interpone una denuncia ante la Policía Nacional de Castellón por amenazas de su marido y teme por la vida de sus dos hijas. El atestado policial concluye que el nivel de riesgo es bajo.

²⁸ El Ministerio Fiscal se opone a la adopción de la medida. Meses después, el 25 de septiembre de 2018, las hijas de Iztiar Prats, de 6 y 2 años, fueron asesinadas por su progenitor, Ricardo Carrascosa García.

sus dos hijas. Y, a pesar de que el médico avisó al juzgado de un posible caso de violencia machista: no le hicieron caso. La policía; cuando Itziar Prats fue a comisaría a denunciar que sus niñas corrían peligro, el protocolo policial para valorar el riesgo de las víctimas de violencia de género -el llamado VioGén- no incluía preguntas sobre el peligro específico de los menores. Salió de la comisaría con un diagnóstico que condicionaría el resto del proceso: “riesgo bajo”. De hecho, el sistema VioGén se modificó seis meses después del asesinato de Nerea y Martina para incluir precisamente preguntas sobre los menores. “Parece incuestionable”, admite Interior en la resolución, que el protocolo “era insuficiente”. La valoración policial no estaba bien hecha, algo en lo que, tan poco, repararon los jueces y fiscales que llevaron la causa. Los intereses de esas niñas “no fueron en absoluto prioritarios”, para las autoridades judiciales responsables de defender el interés superior de los menores. Intervinieron varios fiscales con criterios distintos, que les llevaron a solicitar diligencias distintas y contrarias, a denegar y solicitar la orden de protección y la suspensión del régimen de visitas²⁹ que había reclamado Itziar Prats. Los nombres de las menores solo aparecieron en el expediente después de que el padre las matara. Las niñas, que no fueron escuchadas en todo el procedimiento.

En relación con el ámbito judicial, el Estado se pronuncia con claridad respecto a la responsabilidad directa de la justicia: “una vez que la situación (riesgo de las menores) está en conocimiento de las autoridades, estas no pueden escudarse en la actitud de la víctima/madre para justificar la no adopción de medidas adecuadas para prevenir que se lleven a cabo las amenazas”³⁰ y reafirmando esta tesis en la jurisprudencia³¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la actualidad, aunque la valoración de riesgo, es un proceso mucho más completo y lógico, mantiene un amplio margen de mejora, pero no es ahí donde se localiza el principal problema de la desprotección de menores y mujeres, es en el ámbito judicial. La falta de credibilidad en el relato de la madre e inacción en las medidas de protección, y el bajo número de órdenes de alejamiento que se conceden, y los parámetros tan variables entre juzgados.

Referencio dos casos de abusos sobre menores denunciados por sus madres, con el fin de mostrar la crueldad que el maltrato institucional puede

²⁹ El 28 de febrero de 2018 solicita ante el Juzgado de Instrucción nº4 de Castellón medidas de protección para las menores orientadas a suspender el régimen de visitas acordado. El Ministerio Fiscal se opone a la adopción de la medida.

³⁰ Fragmento del informe y resolución del Ministerio de Presidencia, en base al informe elaborado por el Consejo de Estado, sobre el caso del asesinato de las hijas de Itziar Prats.

³¹ MEDINA G. La violencia contra las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Revista: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. IDIBE, núm. 1, 2014, Buenos Aires.

alcanzar sobre la base de decisiones judiciales, que han desestimado los informes médicos aportados en las causas. Ambas situaciones espeluznantes, donde las pruebas no son valoradas y, se culpa a las madres, muestra a la vez como las actuaciones judiciales, evidentemente, erráticas y de consecuencias terribles, supone que los menores continúan sufriendo abusos sin protección alguna.

El primero de ellos es el caso de la hija de Diana García, en el que incluso hay amonestaciones durísimas en una resolución de Naciones Unidas³² sobre este caso³³. Diana García M, víctima de violencia de género y víctima de violencia institucional, que sufría maltrato desde 2006, no es hasta el 21 de marzo de 2019, cuando el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º 3 de Madrid dictó una orden de alejamiento para proteger a esta madre, en trámites de divorcio. Sin embargo, nada dictamina respecto a la menor. La madre denunció abusos sexuales sobre su hija con apenas dos años, por parte del padre de la menor. Y, lo hizo basándose en que la menor fue diagnosticada con una infección de herpes bucal, tenía lesiones permanentes en la zona genital y en la boca, todo ello, fue recogido en informes médicos, hasta en tres ocasiones el colegio de la menor ha denunciado estos supuestos abusos y alertado a la autoridad pertinente, sin ser atendido nada de esto. El 23 de julio de 2021 se dictó la sentencia de divorcio, e inauditamente, se otorga la guardia y custodia de la niña al padre y se estableció un régimen de visitas para la madre. Con numerosos datos sobre la mesa, cuatro relatores de Naciones Unidas trasladan mediante escrito de fecha 21 de enero de 2021 y dirigido a las autoridades españolas la situación de indefensión de menor y su madre. No se adopta ni una sola medida por parte de Instituciones, Instancia Judiciales o Fiscalía para proteger a la menor.

El otro caso es de una madre, Dayana G. que denuncia, igualmente, abusos sobre su hija por parte del padre y, solicita medidas de protección, hasta en tres ocasiones para la menor, todas denegadas, desde 2021 hasta de 2023. En este caso, hay numerosos informes que acreditan que la menor está en riesgo y que podría estar siendo víctima de las referidas violencias. Entre ellos: Hay informes médicos del Hospital General de Fuerteventura, que abrió de oficio un protocolo por sospecha de abusos. Se han aportado números informes médicos y forenses (la menor fue examinada por un médico, un pediatra y un médico forense,

³² Informe Ref.: AL ESP 6/2021 24 de noviembre de 2021. Mandatos de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas.

³³ Informe ONU (9 diciembre 2021). El sistema judicial de España no protege a los niños de padres abusivos, que firman expertos de la ONU y dirige Reem Alsalem, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias Uno de los casos estudiados es el de la hija de Diana García M.

quienes abrieron un protocolo por posibles abusos sexuales.) Y, en algunos de los informes, se reflejó que la menor presentaba "eritema en zona de vagina, el himen no se ve claro. Tiene hematoma lineal en glúteo izquierdo", y sobre ello, el Instituto de Formación Profesional en Ciencias Forenses, donde el doctor responsable, expone que "la morfología y la perduración de la equimosis en el glúteo izquierdo hace compatible la generación de la misma a partir de un impacto con un elemento semirrígido como un cinturón o una regla". Un estudio forense realizado sobre las fotografías de las lesiones en la zona genital y anal de la niña afirma que "las heridas son compatibles con un posible abuso sexual, ya que se han realizado mediante fricción y tanto las cavidades anales como vaginal presentan una dilatación permanente mayor a la esperada". En algunas ocasiones había encontrado pelos púbicos en las bragas o los genitales de su hija, así como irritaciones de la zona de la vulva y el ano. Existen diversos informes que constatan, también, la reaparición de la vulvitis y eritemas vaginales. La falta de actuación por parte del juzgado impulsó a la madre a consultar con diversos expertos en psicología infantil, especialistas en análisis gestual y en un equipo forense que valoró las fotografías de los genitales de la menor. En todos los casos³⁴, los profesionales consultados constataron la veracidad del relato de la menor con posibles malos tratos o abusos sexuales por parte del padre. Todo ello, denunciado y aportado a la causa y, no tenido en cuenta.

En todos los casos, los profesionales consultados constataron la veracidad del relato de la menor con posibles malos tratos o abusos sexuales por parte del padre. Todo ello, denunciado y aportado a la causa. Una jueza del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Nº 2 de Puerto del Rosario (Fuerteventura) no considero que fuese delito alguno. Recurrido el auto. En noviembre 2022, la Audiencia Provincial de Gran Canaria exige al juzgado la reapertura y manifestó que existe "una falta de motivación" por parte de la jueza "por no tener en cuenta los informes psicológicos ni médicos que no son siquiera mencionados en el auto de archivo". La jueza aplica claramente SAP como se puede evidenciar en su argumentación "viene a constatar una conducta en la menor que en principio no puede relacionarse con que se hayan reanudado las visitas con su padre, sino que más bien parece responde que la misma presentar por lo menores una dependencia materna". Mientras que la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Las Palmas quien solicitó la suspensión del régimen de visitas paternas después de conocer los informes forenses presentados por la abogada de la madre de la menor.

³⁴ Los datos de este caso se extraen de la consulta de los informes médicos y distintos autos y resoluciones judiciales. Que me han sido facilitados por la madre de la menor con el fin de poder ser incluidos en esta investigación. Por lo que, no considero ético referenciar. De todas formas, todo ello, se puede consultar en los juzgados referidos.

El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas ordena que se abran diligencias de investigación, se acepte la valoración de los informes médicos y psicológicos forenses y, que se tome declaración a la madre de la menor. Considera que, en el caso de los informes se deben practicar nuevas diligencias de cara a comprobar la realidad del abuso o descartarlo de forma definitiva, o al menos suficientemente contundente. Del mismo modo, indica que debe investigarse el caso más afondo ya que "en el momento inicial de la causa no se puede descartar la existencia de indicios racionales de criminalidad". La Audiencia afirma que la menor "había sido cuando menos objeto de tocamientos por parte de su padre". Por ello, exige al juzgado reabra la causa e investigue los hechos, teniendo en cuenta que existen nuevos informes que señalan que las agresiones se podrían haber repetido tras la reanudación del régimen de visitas con el padre. La niña en la actualidad de cuatro años. Tras la orden de reapertura de la instrucción por parte de la Audiencia Provincial, la madre y la Fiscalía solicitaron al juzgado de Puerto del Rocío medidas cautelares urgentes para suspender las visitas del padre con la niña mientras la investigación esté en marcha. En el auto de denegación, la jueza no hace referencia en ningún momento a la gran cantidad de informes que existen y que constatan la veracidad de los posibles abusos, sino que se limita a criticar la actitud de la madre con calificaciones propias de un falso Síndrome de Alienación Parental, como la madre presenta "un constante estado de nerviosismo y una evidente dependencia de la menor". Resulta, simplemente, no atisbar nerviosismo si tu hija de 2, 3 y 4 años es abusada y no se le protege. La jueza, nuevamente, vuelve a archivar la causa. Apenas, cinco meses más tarde, argumentando "no existir suficientes motivos para la continuación del procedimiento por el delito imputado". A pesar de las más que evidentes pruebas, médicas y psicológica, de que sí existe abuso. Ante la nueva resolución por la que deniegan la adopción de medidas cautelares como la suspensión del régimen de visitas al progenitor de la menor, la abogada ha anunciado la interposición de un nuevo recurso ante la Audiencia Provincial de Las Palmas, y una queja ante el Consejo General del Poder Judicial, pero todo esto no evitara los abusos, ni el terrible daño a la menor y. por supuesto no tendrá ninguna consecuencia sobre la juzgadora.

Con estos datos, de ambos casos, sobran explicaciones sobre el maltrato institucional en el caso de denuncias por parte de madres sobre abusos sobre sus hijos. Podemos observar que, no son ni casos aislados ni una excepción, cuando se han enviado a la ONU un elevado número de casos, siendo aceptados todos ellos, para su estudio.

6. Otros casos utilizados y la metodología aplicada

Para la realización de este estudio se han analizado 103 casos judicializados en los que las mujeres (españolas o extranjeras), que son a la vez

madres y, tienen en común, haber sufrido el maltrato junto con sus hijos. El ámbito geográfico de estudio es todo el territorio español. El período de análisis siete meses. La elección de estos casos ha sido al azar o por petición de las interesadas en participar en este estudio.

Del universo de casos estudiado se han realizado subdivisiones según la motivación de la denuncia, con el fin de poder analizar diferentes aspectos que nos permiten, posteriormente, formular soluciones concretas sobre este tipo de maltrato, en los diferentes supuestos.

Así, se han realizado tres grandes grupos.

- Se ha subdividido un grupo de mujeres víctimas, madres que han denunciado abusos sobre sus hijos por parte de los progenitores.
- Otro grupo violencia/ maltrato de ellas y sus hijos.
- Finalmente, otras madres víctimas cuyo maltrato tiene diversos orígenes (informes psicosociales parciales, decisiones de los Servicios Sociales con aplicación de SAP, o decisiones judiciales irregulares)

Todas ellas han sufrido este maltrato y, muchas, además, han perdido la custodia de sus hijos. Lo que es un maltrato doble.

La metodología de análisis ha consistido en entrevista personal de las mujeres que lo ha sufrido y un cuestionario de seis preguntas. El proceso de análisis se ha dividido en dos fases; la descripción del caso, a través de narrativa escuchada, y la respuesta del siguiente cuestionario, conformado por siete respuestas, de manera anónima:

¿Cuál ha sido el motivo de la denuncia (violencia, mujeres y/o hijos, abusos sexuales sobre hijos)? ¿Cuál ha sido la primera medida judicial adoptada respecto al maltratador/abusador (orden, alejamiento, suspensión del régimen de visitas o custodia, ninguna de ellas), ¿Se ha alejado al agresor/abusador/maltratador del menor?, ¿Se te ha manifestado en algún momento de manipular o influir en tus hijos para que denuncien?, ¿Se te ha retirado la custodia de tus hijos?, ¿Cuántos años llevas con este proceso en los juzgados?, ¿Sientes que la justicia te ha protegido a ti y a tus hijos?

De este análisis se han obtenido los siguientes datos:

-Motivo de la denuncia:

Abusos sexuales hijos: 32 casos. Lo que supone un 31%

Violencia/ maltrato machista 68 casos. Lo que supone un 66%

Otros 3 casos. Lo que supone un 2,9%

-Primera medida judicial

Orden alejamiento 11 casos. Lo que supone un 10,7%

Suspensión régimen visitas/custodia 21 casos. Supone un 20,3%

Ninguna de ellas 71 casos. Lo que supone un 69%

-Aplicación de medida de alejamiento

Sí. – 11 casos. Lo que supone un 10,7%

No.- 92 casos. Lo que supone un 89,3%

-Aplicación de SAP

Sí. – 94 casos. Lo que supone un 91,3%

No.- 9 casos. Lo que supone un 8,7%

-Retirada de custodia

Sí. – 83 casos. Lo que supone un 80,5%

No.- 20 casos. Lo que supone un 19,4%

-Cuántos años llevas con este proceso

Tres. – 6 casos. Lo que supone un 5,8%

Cuatro. – 74 casos. Lo que supone un 71,8%

Más de cuatro. – 23 casos. Lo que supone un 22,3%

- ¿Has sentido protección judicial?

Sí. – 2 casos. Lo que supone un 1,9%

(puntualizan/ aclaran que sí, pero poco)

No.- 101 casos. Lo que supone un 98%

En un análisis global de las repuestas observamos tres aspectos generales que tiene como denominador común; La no credibilidad del relato de los hechos, el elevadísimo arrancamiento de custodias y el sentimiento mayoritario de las víctimas de no sentirse protegidas.

En el examen detallado, comenzando por la motivación de que ha llevado a denunciar, observamos; Que, violencia machista es el principal motivo con 66% de los casos -el maltrato ejercido sobre la mujer y el extendido a los hijos-, seguido de los abusos sexuales sobre hijos con un 31%.

En cuanto a la primera medida adoptada, con el fin de obtener un grupo de respuestas cerradas, más sencillas de catalogar y, analizar, se ofrecieron las tres siguientes: orden, alejamiento, suspensión del régimen de visitas o custodia, ninguna de ellas. Las respuestas obtenidas son altamente reveladoras, únicamente, se concede orden de alejamiento del agresor o abusador en un 10,7%, pero, aún es más preocupante, si cabe, el hecho que únicamente en un 20,3% se decide judicialmente la suspensión del régimen de visitas o custodia sobre el agresor. Lo que plantea unos niveles de desprotección sobre las víctimas terriblemente preocupantes. Y, no se adopta ninguna de estas medidas de protección en el 69%. Con lo que ello representa para las víctimas, que no se adopte medida alguna sobre un agresor/abusador.

En cuanto a la concesión de órdenes de alejamiento, las cifras demuestran claramente, con un 89,3% de rechazos a su concesión, que judicialmente se pondera la no retirada de derechos (del agresor) sobre la seguridad de la víctima. Y, también cabe decir, en este apartado que se observa unas diferencias notables en cuanto a la concesión de estas órdenes, dependiendo de los partidos judiciales y entre Comunidades Autónomas. Por lo que, se observa discrecionalidad en la concesión.

Otro de los aspectos que se considera prioritario en este estudio a la hora de valorar el daño o maltrato institucional es el hecho, de los arrancamientos judiciales de las custodias a madres que denuncian agresiones o abusos sobre sus hijos con un porcentaje del 80,5%. Este hecho que, ya se recogía en otros de mis estudios³⁵, supone un dato hondamente alarmante por el daño que supone sobre para los menores (que son separados abruptamente de sus madres y, en un alto número, entregados a sus maltratadores o abusadores como se evidencia en los datos de este estudio y en otros casos denunciados por Naciones Unidas) y, por otro, como las madres son castigadas por acudir a la justicia para proteger a sus hijos. El nivel es tan elevado en los casos estudiados en este análisis y, otros, revisados que se puede catalogar de tendencia, por el elevado número de arrancamientos. Los motivos fundamentales son dos; La falta de credibilidad que supone el testimonio de las madres y la aplicación SAP sobre la madre.

En cuanto a los años que, estos procesos transitan por los juzgados se observa un período excesivo (cuatro o cinco años), que es altamente perjudicial para el equilibrio mental de los menores. Según arrojan los datos, el período es de cuatro años en un 71,8%, superando esta cifra en el 22,3% de los casos. Si estos datos, los ponemos en contexto comparativo con la edad de un menor de cinco o seis años puede suponer entre el 40 o 50 % de su vida. Si un menor que es víctima de abusos o maltrato debe de añadir a su frágil estabilidad psicológica, el transito durante años por los juzgados, se le está condenando sufrir traumas de por vida.

En cuanto a las madres, además del desgaste emocional y psicológico que han manifestado las entrevistadas, hay que sumarle, que muchas de ellas acaban arruinadas económicamente en estas luchas judiciales.

La última cuestión analizada resulta, igualmente, muy preocupante al arrojar un dato del 98% de las entrevistadas, las que consideran que la justicia no las ha protegido a ellas ni a sus hijos. A todo esto, hay que sumar, de los datos extraídos de las entrevistas, la aplicación de prácticas arbitrarias, falta de diligencia en los procesos y ausencia de tutela judicial efectiva y, sobre todo, desatención a la protección al principio de interés del menor.

³⁵ RAMALLO MIÑAN, E. Violencia de extensión y vicaria: medidas normativas urgentes para una ejecución inicial. En: *Revista Acta Judicial*, núm. 9, 2022, Madrid.

Aunque, en este estudio no indagaré, mediante análisis de casos, en una variable del maltrato institucional, especialmente llamativa por sus circunstancias a la que he denominado “maltrato institucional cualitativo”, al ser su origen la destacada carrera profesional de las mujeres que lo sufren y, la consecuencia principal la retirada de custodias de los hijos, si expongo algunas de sus características. El perfil de estas mujeres se define por una formación académica elevada y una destacada carrera profesional. Lógicamente, el alcance de esta posición profesional se debe a dedicar tiempo y esfuerzo, entendiéndose esta dedicación como un detrimento de las obligaciones maternas. Entendiendo como no compatible ser una profesional destacada y una buena madre. Este planteamiento demuestra la falta de asimilación judicial del nivel de conciliación exigido a las mujeres, en el difícil equilibrio entre la proyección laboral y la crianza de sus hijos. Este escenario puede llevar a este perfil de mujer a tener miedo a divorciarse, ante la posibilidad de perder las custodias de sus hijos. Lo que, podría entender como una coacción del derecho de libre elección de las personas y, en los casos de violencia de género, una forma de aceptar y convivir con el maltrato. Además, hay que tener en cuenta la insoportable losa de la crítica social que, estigmatiza socialmente a estas madres, calificándolas como “malas madres”. Cabe señalar que este perfil de mujer, es más reacia a denunciar que sufren violencia de género, por lo que son más vulnerables³⁶.

7. Vulneración de derechos de mujeres y menores víctimas

En distintas ocasiones, Naciones Unidas ha emitido dictámenes o resoluciones, hasta seis a día de hoy, en los que denunciaba la situación de las madres y menores víctimas del Sistema judicial español. Este organismo internacional ha instado a España a adoptar medidas y rectificación, por lo que se califica de maltrato institucional judicial. La primera vez se produce en 2014, en la que un grupo de trabajo sobre discriminación contra mujeres y niñas que expresó su preocupación por la desprotección de la infancia. En aquel primer dictamen alertaba del hecho de otorgar custodias y, no emitir órdenes de alejamiento contra padres acusados de violencia doméstica. Se recogía el dato, no oficial, ya que aún no había registros oficiales³⁷ como tales, de que entre 2008 y 2014 veinte niños fueron asesinados por sus progenitores en el período de régimen de visitas con estos.

En octubre de 2019 se denunciaba el caso de una madre uruguaya residente en Lleida, a la que retiraron la custodia de su hija tras denunciar abusos

³⁶ Recordemos, el caso de la cirujana madrileña asesinada en agosto del 2019, la palentina María del Pilar, de 48 años, que no denunció y acabó siendo asesinada a golpes y cuchilladas.

³⁷ En 2013 se pone en marcha el sistema de regida de datos de víctimas mortales para el Registro que se inicia (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género).

sexuales por parte del padre sobre la menor y, que Naciones Unidas, refería en un informe como un caso anómalo.

En diciembre de 2019, volvían a ponerse en contacto con el Estado español para alertar de un hecho que ponía en riesgo a la madre y a sus dos hijos supuestamente abusados por su padre y que la Audiencia Provincial de Alicante había revocado la orden de alejamiento.

En diciembre de 2020 el caso de una madre en Vizcaya, que perdió la custodia de su hija en favor de su padre, en este caso fue evidente la aplicación del Síndrome de Alienación Parental. En su caso, el Servicio de Infancia provincial, Servicios Sociales, actuaron sin haber solicitado una autorización del juez, y privaron a madre e hija de tener relación, a pesar de que la madre ostentaba la custodia compartida de la menor. Finalmente, la Audiencia de Vizcaya denegó la custodia compartida, entregándole al padre, sobre el que hubo denuncias de maltrato, la custodia exclusividad.

En diciembre de 2021, Naciones Unidas hacía público su informe³⁸ en el que denunciaba el funcionamiento estructural del sistema de justicia contra las madres que denuncian abusos sexuales contra sus hijos, en el que se castigaba y no se les daba credibilidad a las madres ni a los menores. Y, con esta, serán ya cinco llamadas de atención al gobierno español que, como en las anteriores, ni las había atendido ni las había respondido.

En el 2022, se produce la sexta, con el caso de una madre y su hija víctima de abusos. Y, así, se pronuncian Naciones Unidas, por la absoluta indolencia y falta de protección, los tribunales a ambas, ya que, la madre, además, es víctima de violencia de género. De este modo, Naciones Unidas en el 2021 emitió dictamen³⁹ donde instaba al Estado español en los siguientes términos: “El Gobierno de España debe hacer más para proteger a los niños de la violencia doméstica y los abusos sexuales, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género”⁴⁰. “Los operadores de justicia reiteran de manera habitual una

³⁸ Informe ONU (9 diciembre 2021). El sistema judicial de España no protege a los niños de padres abusivos, afirman expertos de la ONU. Un grupo de relatores asegura que el sistema judicial español tiene un “sesgo discriminatorio contra las mujeres” y a menudo favorece a los varones en casos de custodia incluso aunque haya antecedentes de violencia doméstica. Los expertos piden al Gobierno que tome medidas. (<https://news.un.org/es/story/2021/12/1501202>)

³⁹ Informe firmado por la Relatora Especial, Dubravka Simonovic y la presidenta del Grupo de Trabajo sobre discriminación, Meskerem Geset.

⁴⁰ Entrevista El Salto 19/10/2021 a la Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres Naciones Unidas Dña. Reem Alsalem

interpretación discriminatoria de la legislación nacional, basada en prejuicios y estereotipos de género”⁴¹.

Sin ningún tipo de reacción ni pronunciamiento por parte de las Instancias políticas⁴² ni judiciales de nuestro país. En ningún caso, con ningún gobierno (tendencia conservadora, progresista o izquierda) se ha manifestado sobre esta vulneración de derechos y, mucho menos, ha decidido adoptar medidas que eviten este maltrato judicial/institucional que, atenta contra uno de los derechos fundamentales el artículo 14 “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo...”.

El Defensor del Pueblo⁴³ se ha manifestado en múltiples ocasiones en relación con los asesinatos de menores por sus progenitores “por aquellos que debían protegerlos, sus padres”. Compartiendo criterio con Naciones Unidas que, a través de su Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), recomendó a España que los antecedentes de violencia de género sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos.

Algo que, a pesar de las modificaciones normativas para su aplicación artículo 94 CC “No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera, se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial. No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por

⁴¹ La Relatora Especial y el Grupo de Trabajo -reunido para analizar las denuncias remitidas por más de 30 madres víctimas españolas- contra la discriminación de Naciones Unidas ha remitido una comunicación de fecha 20 junio de 2019 al Gobierno en el que le pide que explique qué medidas ha implantado para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (y que ha sido consultado).

⁴² Ministerio de Exteriores, a través de la Dirección General de Naciones Unidas y Derechos Humanos, ha cursado la comunicación al Ministerio de Justicia, pero este no ha respondido.

⁴³ El Defensor del Pueblo ha recordado que desde 2013, que 27 niños y niñas han sido asesinados “por aquellos que debían protegerlos: sus padres”. Hasta esa fecha ni siquiera se contabilizaban sus muertes como víctimas de violencia de género. Y no se han adoptado medidas adecuadas para evitarlo. En la actualidad son.

los delitos previstos en el párrafo anterior”. A pesar de las diversas opiniones jurídicas sobre el carácter imperativo de su aplicación, no es cierto, ya que lo que establece es una aplicación prioritaria, que no obligatoria, de la suspensión del régimen de visitas del padre investigado por maltrato. Es importante tener en cuenta que, la reforma no implica que esta medida deba adoptarse necesariamente y, de hecho, uno de los grandes problemas con los que se encuentran las mujeres víctimas es que en numerosas ocasiones no se aplica⁴⁴, como se desprende de los datos solo se han suspendido en el 14.51% en el 2022. Por lo que, no basta la existencia de una causa penal para que se suspenda el régimen de visitas, sin diferenciar entre delitos graves, menos graves o leves. Naciones Unidas denuncia que España, en estos casos, no tiene en consideración el riesgo de los menores.

La norma se modifica en la aplicación, pasando de la limitación del régimen de visitas, si así lo consideraba el juez, a la supresión del régimen de visitas, salvo que, el juez considere conveniente su adopción en interés del menor y, aquí es donde se produce la no aplicación. Sin embargo, conviene decir que, se percibe una leve mejora en su aplicación. Sobre la base de los datos del Informe anual⁴⁵ sobre violencia de género del Observatorio⁴⁶ contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), las suspensiones del régimen de visitas a padres maltratadores crecieron un 329% en el segundo trimestre de 2022 respecto al mismo trimestre de 2021. Lo que evidencia que mínimo número que suponía anteriormente al 2022 y, como los

⁴⁴ Los tribunales de justicia sólo aplicaron la suspensión de visitas de padres maltratadores en un 14,51% de casos en procesos de violencia de género. Esta cifra se recoge de los datos el Observatorio de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que resumen las actuaciones de la Justicia en esta materia a lo largo del año 2022.

Ya, refería sobre este hecho, de la no suspensión de las custodias y el peligro que ello supone, el Defensor del pueblo Fernández Marugán manifestaba en declaraciones sobre los datos el Informe 2018 “es imprescindible y de vital importancia” visibilizar la situación de estos menores que también son víctimas de la violencia machista. Y, ha vuelto a reiterar que “un maltratador nunca puede ser un buen padre”. La Institución lleva años mostrando su grave preocupación por las hijas e hijos de las víctimas de violencia de género.

⁴⁵ Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial. Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-tercer-trimestre-de-2022-registro-un-aumento-de-las-denuncias-y-de-las-victimas-de-violencia-de-genero-proximo-al-diez-por-ciento>

Estos últimos datos referidos los facilitó Ángeles Carmona, presidenta del Observatorio, ya que no se han colgado los informes en la página Observatorio de Violencia de Género y Doméstica (CGPJ) para su consulta. Muestro nota de Abogacía Española que recoge la rueda de prensa <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/las-suspensiones-del-regimen-de-visitas-a-padres-maltratadores-crecen-un-329/>

niños se mantenían en contacto con los maltratadores, con el riesgo que ello supone. Desde el 1 de abril hasta el 30 de junio se adoptaron por los órganos judiciales 1.193 medidas consistentes en la suspensión del régimen de visitas (un 43,2% que en el primer trimestre de 2022), lejos aún de la totalidad.

8. Principales causas que generan el maltrato institucional

Uno de los objetivos de este estudio consiste en determinar las causas que producen el maltrato institucional para poder realizar propuestas con el fin de evitarlo o erradicarlo. Para ello, enumeraré las principales causas, que serán analizadas con el objeto de buscar respuestas concluyentes. Cabe destacar, sobre todas ellas, dos: la aplicación del SAP y la falta de credibilidad del relato de menores y madres sobre maltratos y abusos sexuales.

- **Síndrome de Alienación Parental (SAP)**, uno de los principales orígenes de este tipo de maltrato, es la aplicación está generalizada en el Sistema de justicia⁴⁷ español de este síndrome prohibido por ley, pero que se sigue aplicando igualmente. Que se aplica principalmente en procesos judiciales de custodia, denuncias por violencia machista y abusos sobre menores por parte del progenitor y que es denunciado por la madre de los menores.

La aplicación de este síndrome no científico ni legal son los agentes responsables de los procesos judiciales. Y, esto es jueces y fiscales, de manera decisiva, pero, también, el resto de los agentes interviniente en el proceso; psicólogos, trabajadores de los Servicios sociales, de los Puntos de Encuentro familiar, psicólogos y redactores de los informes psicosociales aplican esta práctica, a pesar de carecer de respaldo científico alguno, de estar prohibida por Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPVI) en su artículo 11 el derecho de las víctimas a ser escuchadas y que se impedirá el uso de planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman manipulación adulta, que de manera reiterada se aplica sobre la figura materna. La asignación a las madres de manera genérica de un papel alienante y manipulador en procesos de violencia sexual o de violencia de género contra menores, perpetúan los hechos, los dejan sin protección y abandonan a los menores y las madres a situaciones de desamparo.

No se da credibilidad al relato ni del menor ni de la madre en las denuncias por violencia de sexual o de violencia de género o familiar, por lo que, en estos casos, no se evita el maltrato, los abusos y, en casos extremos los asesinatos. En este estudio se ha podido concluir en este análisis de datos (propios) y sentencias

⁴⁷ Conclusiones del XVII Seminario de Fiscales Delegados en violencia sobre la mujer — año 2022. Madrid, 28 y 29 de noviembre de 2022 El inexistente Síndrome de Alienación Parental. Coordinación parental. Violencia vicaria. <https://www.sindromealienacionparental.com/wp-content/uploads/2023/04/Conclusiones-Fiscales-VG-copia.pdf>

y resoluciones aportadas por mujeres/madres que han denunciado y han participado en este estudio, que, el hecho de entender como “manipulación” la relación de cercanía de los hijos con la madre, sobre todo, durante la infancia temprana, lo que es un despropósito destructivo para ambos que los deja en una situación de absoluta vulnerabilidad y desprotección.

El cuestionamiento del testimonio del niño sobre abusos⁴⁸ y maltrato, no protegiéndolo, aun existiendo dudas sobre la veracidad de estos hechos (y hasta que estos sean verificados exhaustivamente como mínimo) tan graves, es un peligroso error que, tiene consecuencias terribles en su infancia. Igualmente, que, ante denuncias de la madre por estos hechos, primen derivas protectoras sobre el progenitor y, no sobre el menor o argumentaciones infundadas de la madre busca el daño de su ex pareja sobre la protección de su hijo, provocando la no investigación y comprobación de los hechos es un auténtico despropósito. Que se incrementa cuando en multitud de casos, en los que es evidente los abusos o el maltrato, como hemos visto anteriormente en los casos expuestos de las dos menores, se busca la deriva negativista por la influencia materna, alegando vinculación o dependencia excesiva de los menores de edades tempranas. En cualquier caso, la falsa interpretación de que, el interés superior del menor, está sujeta a mantener la relación con el padre (abusador o maltratador) habiendo más dudas razonables, evidencia que no se prima el interés del menor sino el del progenitor. Que ante las denuncias o declaraciones de la madre o/y el menor se entiendan estas como manipulación de la madre contra el padre, permite la aplicación de esta falsa teoría, SAP, para no investigar los hechos y mantener situaciones de maltrato, violencia sobre la madre y los menores y, de abusos sobre los menores. La instauración judicial de esta práctica con carácter endémico muestra porcentajes desoladores. De los 103 casos se aplica en 94 casos, lo que supone un 91,3% y, porcentajes similares se evidencian en los casos presentados ante la ONU por denuncias de abusos sobre menores por parte de sus madres.

Resulta, también altamente interesante para este estudio, la información transmitida en las entrevistas con mujeres/madres de como ellas perciben la aplicación del Síndrome de Alienación Parental (SAP) en los procesos, por lo que he considerado necesario reproducirla de algún modo y el daño que a nivel psicológico esto supone en la vida de las mujeres/madres. Fundamentalmente,

⁴⁸ En el Informe (2021) de Save The Children, denuncia el “calvario judicial” que sufren los niños y niñas que denuncian abusos sexuales en España. Un informe que asegura que el sistema judicial falla a la hora de proteger a estos niños y niñas ya que son obligadas a declarar hasta cuatro veces y algunos procesos se alargan hasta cinco años. En este análisis, elaborado tras revisar 394 sentencias judiciales de abusos sexuales cometidos hacia la infancia entre 2019 y 2020, correspondientes a 432 víctimas, se refleja que los abusos sexuales comienzan a los 11 años y ocho de cada diez casos son perpetrados por personas del entorno de las víctimas.

hablan del miedo⁴⁹ a que la maquinaria institucional realice su propia tesis y, busque argumentos para alimentar la idea de que las madres manipulan o adulteran la realidad de sus hijos. Y, esto se produce cuando los menores se oponen a ir con su padre manifestando miedo a estos o comportamientos relacionados con los abusos sexuales, en este momento, el hecho de que la madre denuncie estos hechos, supone que se pueda culpar a la madre de haber perdido la cabeza, de hacerlo por despecho o venganza. El miedo a perder las custodias o ser alejadas de sus hijos y, que, estos, sean entregados a los maltratadores o abusadores, son otro de los testimonios que he recogido y, sintetizan la forma en la que las mujeres/madres sienten y sufren la aplicación del SAP sobre ellas.

Como decíamos anteriormente, en España su uso en la justicia se ha generalizado, coinciden los expertos, incluso el propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que ya, en el 2016, alertó y publicó una guía para desechar su uso de la revictimización de las mujeres víctimas de violencia de género. Pero como ya se recoge anteriormente, ONU⁵⁰ ya de esta situación judicial, sobre que la Justicia española que desprotege a los niños y discrimina a las mujeres y, por usar el falso Síndrome de Alienación Parental sin lograr cambios.

La falta de credibilidad a las denuncias consolida y mantiene los abusos, el maltrato y la destrucción de menores y madres que solo buscan proteger a sus hijos.

- Medidas erróneas y devastadoras para el menor y las madres: Separaciones y desamparo hijos. Las consecuencias de la aplicación del SAP derivan en decisiones judiciales nefastas que provocan medidas drásticas como son: limitar el contacto con la madre, a la que se culpa, dejando al menor a merced del abusador o maltratador, o la más drástica, la retirada de custodias y entregársela al padre. Separar un hijo de una madre es un acto antinatural que únicamente destruye a ambos (menor y madre). Los falsos diagnósticos judiciales, sin rigor médico, en aplicación de las teorías de alienación sobre los hijos, llevan a derivar a las madres a las unidades de salud mental para su evaluación, sin embargo, no al padre –denunciado por los abusos o el maltrato–,

⁴⁹ También han sido consultados datos incluidos en la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, en el que se recoge que el 31,9% de las ciudadanas mayores de 16 años ha sufrido violencia psicológica por parte de una pareja o expareja a lo largo de su vida. Ese porcentaje equivale a más de 6,5 millones de mujeres. Analiza, también, la violencia psicológica sufrida como consecuencias de los procesos judiciales. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

⁵⁰ Informe ONU (9 diciembre 2021). El sistema judicial de España no protege a los niños de padres abusivos, afirman expertos de la ONU. Un grupo de relatores asegura que el sistema judicial español tiene un “sesgo discriminatorio contra las mujeres” y a menudo favorece a los varones en casos de custodia incluso aunque haya antecedentes de violencia doméstica. Los expertos piden al Gobierno que tome medidas. (<https://news.un.org/es/story/2021/12/1501202>)

y esto es por la aplicación de estereotipos de género sobre tendencias depresivas o de ansiedad asignadas por el simple hecho de ser mujer. Y, se pervierte lo que es, exclusivamente, el devastador sufrimiento por sus hijos con procesos de trastornos o incapacidad maternal para la crianza. Obligando a madres “sanas” a llevar a cabo procesos terapéuticos, sin tener ninguna patología, para recuperar a sus hijos y normalizar relaciones con el padre maltratador por la incomprensible creencia de que los menores necesitan, a pesar de ser un maltratador/ abusador, tener contacto con el padre. Priorizando, como se refería anteriormente, los derechos y bienestar del padre sobre el menor.

El motivo de este planteamiento se fundamenta porque ambos maltratos, casi en su totalidad, despliegan paralelamente la aplicación del maltrato institucional y el SAP. Esta aserción se apoya en los datos que, manifiestan que, 68 casos de los 103 estudiados son violencia/maltrato machista, lo que supone un 66% y 32 casos abusos sexuales sobre hijos, lo que supone un 31%. Los datos de este estudio son coincidentes los casos llevados ante la ONU. En todos los casos (los de este estudio y, los presentados ante la ONU) el maltrato machista está insertado en la vida de las madres y de los menores y, en algunos, además, los abusos sexuales.

Este estudio demuestra que en las denuncias por abusos contra sus hijos e hijas solamente en un 10,7% se concede la orden de alejamiento contra el padre, es decir, en 11 casos de 103. En un porcentaje elevadísimo, no se adopta medida alguna de ellas, 71 casos, lo que supone un 69%, y no se adopta ni orden, alejamiento ni suspensión régimen visitas/custodia, 21 casos, por lo que reitero, basándonos en los datos, mis afirmaciones a lo largo de todo este estudio que, no se priman los derechos del menor, sino del progenitor.

En cuanto a las denuncias por abusos sexuales a menores por parte del padre, en un porcentaje prominente se archiva sin llegar a juicio, debido a la falta de credibilidad de los relatos (menores y madres) y que los testimonios de las madres se les atribuye valor inferior, al del padre, sin argumentación jurídica ni de otro tipo, solo por prejuicios de género. Esta aseveración no es infundada ni particular, es la misma que denuncia ONU⁵¹ mujeres cuando refiere que, “hay un “patrón estructural” en la Justicia española que desprotege a los niños y discrimina a las mujeres”, por “la aplicación de prejuicios de género contra las mujeres por parte de los tribunales españoles”.

⁵¹<https://www.ohchr.org/es/2022/01/spanish-courts-must-protect-children-domestic-violence-and-sexual-abuse-say-un-experts>

9 diciembre de 2021, Naciones Unidas en relación con la investigación que se llevó a cabo por las denuncias presentadas, con la documentación acreditativa sobre distintos casos desoídos por tribunales españoles en relación con abusos sobre menores en el entorno familiar realizadas por madres.

En cuanto a los datos aportados por Federación de Asociaciones del Consejo Nacional de Mujeres Resilientes de la Violencia de Género presentados ante la ONU, que son un elevado número de casos de madres que han sufrido maltrato por denunciar abusos sobre sus hijos, todos ellos acompañados de la correspondiente documentación, demuestran que este tipo de maltrato no son casos excepcionales o aislados, son un modo de aplicación judicial asentado, una forma de violencia institucional que sigue patrones concretos y, que tiene una incidencia mayoritaria en mujeres que han denunciado violencia de género o abusos sexuales hacia sus hijos e hijas por parte de los padres.

En muchos casos, tras años de litigio judicial, estas madres acaban siendo separadas de sus hijos porque un juzgado, se les retira la custodia, se las aparta de forma violenta de los menores, que son entregados al padre o entregados a centros del Estado. Incluso, muchas pierden el derecho a tener contacto con sus hijos pequeños durante años. Observamos, por lo tanto, un paralelismo en cuanto al origen de los problemas y consecuencias entre los 103 casos del estudio y los presentados ante la ONU. Todos ellos, suponen un daño psicológico notable en los menores sin duda, pero también en las mujeres víctimas que se suma al ya vivido en el maltrato ejercido por sus exparejas. Los efectos nocivos de este maltrato psicológico⁵² perjudican a las víctimas a corto y largo plazo, y sus consecuencias se intensifican en aquellas mujeres que sufren distintos tipos de violencia de forma simultánea (física, sexual, económica...). Y, todo ello, a esto se suma al maltrato psicológico recibido a lo largo años en los procesos judiciales. Sobre este maltrato psicológico, tan difícil de demostrar y, de consecuencias, mortales en un elevado número⁵³ de casos es necesario impulsar medidas de prevención que entiendan que este tipo de violencia contra las mujeres es igual de nociva que la física, como recoge el Informe (2022) del el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE)

Volviendo al análisis de los datos de este estudio que centra su análisis en el maltrato institucional sobre mujeres y menores víctimas de violencia machista,

⁵² En España, según la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, el 31,9% de las ciudadanas mayores de 16 años ha sufrido violencia psicológica por parte de una pareja o expareja a lo largo de su vida. Ese porcentaje equivale a más de 6,5 millones de mujeres.

⁵³ Cuatro de cada diez mujeres ha sido víctima de violencia psicológica por parte de una pareja o expareja en la Unión Europea. Esta violencia de género es de las menos identificadas, denunciadas, perseguidas y castigadas, a pesar de su enorme impacto en la vida de las víctimas: el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE) alerta de que aumenta el riesgo de suicidio y la incidencia de la depresión, la ansiedad y el trastorno de estrés postraumático. Sólo en 2017, al menos 1.136 mujeres víctimas de violencia psicológica se quitaron la vida en la Unión Europea. Se trata de una violencia que afectaba en 2014 a al menos el 43 % de la población femenina mayor de 15 años de la UE, datos recogidos en [informe publicado por el EIGE](#) con el objetivo de aumentar la concienciación sobre la gravedad, magnitud e invisibilidad de este tipo de violencia machista.

esta amplia muestra de casos (103 más los presentados ante ONU) y, la consulta de otros referidos en este estudio, han permitido establecer una relación causal directa entre la denuncia ejercida por las madres en casos de abusos sexuales sobre sus hijos y la pérdida de custodia de estos. Esta terrible consecuencia supone que, debido al miedo de las madres a perder la custodia de los menores o ser alejados de estos, por no ser creídas, ni ellas, ni sus hijos, y la aplicación del SAP, estos hechos no se denuncian, bajo el pensamiento de que por lo menos permanecen cerca de los hijos y, de algún modo los protegen, y evitan que las custodias sean entregadas en su totalidad a los abusadores. Y, a todo esto, cabe decir que, según datos de la Delegación del gobierno contra la violencia, se estima que en nuestro país más del 80%⁵⁴ de la violencia sexual que sufren las mujeres, a lo que sumamos menores, nunca llega a denunciarse. La gravedad de esta realidad es espeluznante, sobre todo porque no interesa a nadie cambiarla.

- **Cambios profundos en los procesos de familia.** Resulta imprescindible realizar una profunda revisión y aplicación de cambios a los procedimientos de familia, desde la tramitación, los plazos procesales, entre otros muchos.

En cuanto a las dilaciones prolongadas en los procesos de custodias y abusos son altamente destructivos en la vida de todos los afectados, pero sin duda, de mayor manera en la de los menores. Los procesos judiciales interminables en la vida de los menores, los cambios de jueces y fiscales en los casos... dañan gravemente a los menores. Y en este estudio hemos podido contrastar que, en 74 casos, o que supone un 71,8% el proceso se prolongaba más de cuatro años, llevando en casos extremos a los doce años. Siendo lo mínimo tres años, pero esto es una minoría de la muestra estudiada, solo 6 casos, lo que supone un 5,8%

Conviene, también, realizar dos referencias. La primera, sobre un agente que es parte del proceso judicial, el Fiscal y, en segundo lugar, el coordinador parental, figura que se pretende imponer y, que debe de ser totalmente excluido para evitar contaminaciones externas innecesarias y contraproducentes. En cuanto al Ministerio fiscal, en numerosos casos su falta de implicación y de formación específica sobre el tema de custodia o abusos supone que se entienden

⁵⁴ Macro-encuesta de Violencia contra la Mujer 2019 realizada a una muestra de 9.568 mujeres representativa de la población femenina residente en España de 16 o más años. Realizada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf

y, por otra parte, la aplicación de las tesis de alienación y manipulación sobre las madres, con los graves perjuicios

que ello supone en los procesos que la Fiscalía no tenga un papel protagonista en la defensa del menor. En cuanto al papel del Coordinador Parental, es una figura distorsionadora del proceso y contraproducente. Lo que se ha advertido, reiteradamente, por parte de asociaciones de mujeres víctimas, abogados y otros operadores jurídicos sobre sus malas praxis y peligrosidad de una nueva forma de mediación que se está impulsando desde diversos entornos conservadores, que no es más que un negocio para una nueva figura de los procesos, cuyo único objetivo es pecuniario.

Y finalmente, aunque solo lo referencio, ya que en otras investigaciones ya lo he abordado, un cambio radical en la elaboración y redacción de los informes psicosociales.

9. Propuestas de modificación normativa. Reflexiones conclusivas

El principal objetivo de esta investigación es aportar instrumentos y propuestas normativas de aplicación urgente contra este tipo de violencia institucional y sus terribles consecuencias.

9.1. La primera propuesta está encaminada a erradicar el maltrato o violencia institucional. Y, esto comienza por la necesidad del reconocimiento del término y el desarrollo legislativo de este tipo de maltrato. El hecho que, no exista el concepto jurídico, como tal, implica que no se puede legislar sobre él y, como con violencia vicaria o de extensión, dificulta cualquier tipo de medida a emprender. Sobre este aspecto conviene recordar que, en España, el término "maltrato institucional" parte de miembros del CGPJ con la elaboración de la Guía de Buenas Prácticas para tratar a las víctimas de violencia de género ante las numerosas denuncias de mujeres/madres que denunciaban el trato recibido por maltrato por parte de las Instituciones del Estado. Los autores de este Manual apuntaron que el objetivo de esta guía era que las víctimas de violencia de género no fuesen "revictimizadas doblemente" que la administración de Justicia no sea causa de una segunda victimización. Y, que perciban sensibilidad y comprensión en la aplicación de las normativas por parte de los jueces. Sin embargo, a día de hoy, nada se ha hecho ni a nivel legislativo ni judicial.

9.2. La segunda medida imprescindible y, la que se entiende como la más difícil de implantar, es conseguir que, jueces y fiscales, den credibilidad al relato de la mujer como víctimas o como madre denunciante de maltrato o abusos sobre sus hijos y, a los propios menores. En diciembre 2021⁵⁵, Naciones Unidas emitió

⁵⁵<https://www.ohchr.org/es/2022/01/spanish-courts-must-protect-children-domestic-violence-and-sexual-abuse-say-un-experts>

dictamen donde instaba al Estado español a proteger a los menores y se pronunciaba en los siguientes términos: “El Gobierno de España debe de hacer más para proteger a los niños de la violencia doméstica y los abusos sexuales, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género”. La credibilidad del relato, junto con la no aplicación del SAP, es fundamental para romper el círculo del maltrato institucional que destruye a menores y mujeres. La falta de credibilidad en la declaración de menores y madres en procesos de violencia de sexual o de violencia de género contra menores o mujeres es un gravísimo problema, que perpetúa el maltrato, los abusos y los asesinatos. Como ya se exponían en anteriores apartados, y, al margen de estar prohibido por ley la aplicación del SAP, el hecho de considerar que, la lógica, la existencia de un vínculo filial de apego emocional, lo natural entre un hijo y una madre, es manipulación o alienación maternal, es una forma de destrucción judicial. Por otro lado, la falta de credibilidad de las denuncias consolida y mantiene los abusos, ya que no se adoptan medidas.

De modo que, en este punto hay que avanzar, legalmente (la preponderancia de la credibilidad, el relato en menores y madres) y, a modo de formación del estamento judicial.

9.3. La tercera propuesta. Afectaría directamente a la anterior, y consiste en, desterrar la aplicación del Síndrome de Alienación Parental (SAP). Y para ello, es necesario habilitar una serie de “medidas de control” en todo el proceso judicial (desde los Servicios sociales, informes psicosociales, trabajadores del PEF, psicólogos, y por supuesto fiscales y jueces), ya que, aun estando prohibido se continúa aplicando. Estas medidas deben de producir cambios en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia (LOPVI), recogido en el artículo 11, el derecho de las víctimas a ser escuchadas y que se impedirá el uso de planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman manipulación adulta, como el mencionado SAP, de manera que se asegure su cumplimiento, ya que, la actualidad es inexistente.

Estas medidas de control, que desarrollaré en futuros estudios, de manera específica, su aplicación regirá desde el principio del proceso y, su incumplimiento podrá ser denunciado (abogados y madres) ante las fiscalías provinciales, a las que se les habilitará, legalmente, con el objetivo de supervisar la no aplicación del SAP.

9 diciembre de 2021, Naciones Unidas en relación con la investigación que se llevó a cabo por las denuncias presentadas, con la documentación acreditativa sobre distintos casos desoídos por tribunales españoles en relación con abusos sobre menores en el entorno familiar realizadas por madres.

9.4. La cuarta propuesta. Esta propuesta engloba una serie de profundas modificaciones en los procedimientos de Familia (en relación con divorcios y custodias; plazos, procedimientos...)

- **En cuanto al interés y la protección de los menores y sus derechos.** Es necesario, a la hora de asignar las custodias, situaciones de maltrato y abusos, realizar una exploración detenida y aclaratoria de los hechos. Es imprescindible abandonar la línea judicial de que el menor no pierda contacto con el progenitor como prioridad. Algo incomprensible en estos casos y, más, cuando los progenitores son procesados y cumplen la condena. Restaurar el vínculo entre el menor y el progenitor (abusador o maltratador) se mantiene como prioridad judicial, al margen de cómo afecta al menor o, si este no quiere. Por ello, hay que abandonar la restauración automática de las visitas al maltratador o abusadores y menores (con condena firme y suspensión de las mismas) y, hay que priorizar el bienestar del menor sobre los derechos del progenitor. Aceptando que, si los menores no quieren volver a ver al progenitor (maltratador o abusador) se respeten sus deseos, tenga la edad que tenga el menor. Es imprescindible prohibir las terapias de revinculación, a modo de cursos de reeducación, para aceptar al abusador o maltratador de nuevo en las vidas de los menores. Algo que, además de carecer de sentido afectivo y clínico, únicamente provoca un daño en los niños. Hay que desterrar el principio que se aplica a diario en los juzgados, primando sobre los menores los derechos de los progenitores, justificándolos como la imperativa necesidad de no perder el vínculo filial.

- **La necesidad de que se prime el interés del menor en los casos de divorcio y custodias,** dedicando tiempo y recursos a decisiones tan importantes como son las custodias y el destino de la vida del menor. Sobre este aspecto, se pronunciaba en sus últimas jornadas celebradas el 2022 la Sociedad Catalana de Abogados de Familia ⁵⁶(SCAF), en relación con la asignación de custodias, como algo mecánico y automático. Consideran que, el interés del menor no se ve circunscrito ni protegido. Y, así, la exploración de los menores, en el 80% de los casos se realiza el mismo día de la vista, es mecánica y expeditiva (apenas diez minutos). Esta falta de atención y escucha no se realiza, obviando el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que reconoce los derechos humanos de los menores y que obliga a los gobiernos a cumplirlos. Sin embargo, no se cumplen ni la ley del menor, quedando el bienestar del menor en una mera manifestación de intenciones. En cuanto a las declaraciones y necesidades propias de los que los menores no interesan ni son tenidos en consideración, dictando de manera automática lo que se denomina “sentencias precocinadas”. Sentencias idénticas, en serie, sin tener en cuenta ni las circunstancias propias de

⁵⁶ Conclusiones y datos extraídos de XIX Jornadas de Derecho de Familia de Barcelona SCAF (2022) Barcelona, 1 y 2 de diciembre de 2022 Auditorio del World Trade Center Barcelona

cada caso, ni las problemáticas concretas. Por todo ello, es necesario cambiar estas formas mecánicas, sin tiempo ni dedicación en beneficio de los menores.

- **Prioridad ineludible**, la seguridad de los menores y las mujeres y sobre la restricción de derechos de agresor. Se requiere una modificación urgente de la prioridad de protección y derechos, y esto es, que se prime la protección, los menores y las mujeres sobre la rescisión de otros derechos.

Es imprescindible realizar modificaciones en relación con las órdenes de protección, de manera que, no decaigan hasta que se confirme la seguridad de la mujer o del menor protegido. Lo que no ocurre en la actualidad. Las reformas deben de encaminarse a una aplicación automática, así como, todas las medidas de protección a mujeres y menores con indicios de maltrato, abusos o riesgo para su vida, desde el momento en el que se interpone la denuncia. Con el objetivo de evitar que se mantenga la situación de maltrato o que puedan ser asesinados. Entre otras, las órdenes de protección que, en demasiados casos, no se asignan, para no afectar los derechos el agresor con el riesgo que ello supone.

- **Implementar medidas urgentes encaminadas a no separar a las madres de los hijos**. Es indispensable, en los procesos de divorcio (en los que se aplica el SAP) y en los de maltrato o abusos, en el ámbito de las custodias, implementar medidas urgentes encaminadas a no separar a las madres de los hijos, en ningún caso, que no exista demostrado con informes médicos y de la policía un claro riesgo para el menor⁵⁷. Como ya se refirió anteriormente, separar un hijo de una madre es un acto antinatural que únicamente destruye a ambos (menor y madre). Ni limitar el contacto con la madre, abandonando al menor a merced del abusador o maltratador, o la más drástica, la retirada de custodias y entregársela al padre. En la actualidad, uno de los mayores maltratos, es la decisión judicial de separar madres e hijos. Cuando las primeras denuncia maltrato o abusos sobre sus hijos. Por lo que es necesario adoptar medidas legales que lo eviten.

- **Una Sección específica en las fiscalías autonómicas con coordinación desde la Fiscalía del Estado**. Basándonos en los datos globales de este estudio, se propone entre las múltiples medidas la habilitación de una sección específica en las fiscalías autonómicas, con coordinación desde la Fiscalía del Estado, a la que poder acudir madres/mujeres (y abogados) en casos de gravedad o descoordinación notables de las causas que supongan situaciones de abusos, maltratos no investigados adecuadamente o riesgos evidentes para la vida de menores y mujeres. Con el fin de poder atender estos casos que, como hemos

⁵⁷ El Defensor del Pueblo en su informe de 2018 considera que es necesario otorgar protección rápida y eficaz a las hijas e hijos de las mujeres víctimas de violencia de género para evitar que se sigan produciendo asesinatos de menores a manos de sus padres maltratadores. “La protección ha de ser integral, tenemos que ser capaces de detectar de manera inmediata el riesgo en la mujer, sin olvidar que es madre”, ha destacado

visto, no son excepcionales y, las consecuencias sobre la vida de menores y mujeres son nefastas. Por lo que sería imprescindible su creación.

- **Modificaciones en los procedimientos y plazos.** Por motivos de espacio en este estudio, solo se enuncia la necesidad de cambios en los procedimientos y, no se desarrolla su análisis, que quedará para futuras publicaciones. En cuanto a los plazos procesales de los procedimientos de familia y, las continuadas dilaciones en los procesos de custodias y abusos, es evidente que, son altamente destructores en la vida de todos los afectados. Y, es necesario limitar estos plazos de los procedimientos, como máximo, a dos años en su totalidad en casos de dificultad y, en casos más estándar, a un año. Los procesos judiciales interminables en la vida de los menores, los cambios de jueces y fiscales (que tienen que conocer de la causa de nuevo) en los casos... dañan gravemente a los menores.

- **Juzgados especializados y partidos judiciales pequeños.** Como defiende esta investigación, desde los casos de divorcios no conflictivos hasta los conflictivos o los de violencia o abusos, es imprescindible que estas materias sean atendidas por jueces especializados. También, coinciden con el argumento defendido en todas mis investigaciones de menores de la necesidad imperativa de que estos casos deben de ser sustanciados en tribunales específicos de familia. Lo que no ocurre en muchos casos, como se referenciaba en apartados anteriores, en los juzgados de partidos judiciales pequeños o rurales, donde temas de esta importancia y, con menores, estos procesos se dirimen en juzgados de 1ª Instancia e Instrucción, casi siempre sin sensibilidad ni conocimientos en el tema. La Sociedad Catalana de Abogados de Familia⁵⁸, sobre la base de su experiencia, defienden este mismo argumento. Como he manifestado en otros estudios, no se entiende una discriminación en el ámbito judicial por el hecho de vivir en una zona rural o un núcleo urbano menor. Los ciudadanos tienen derecho a recibir la misma calidad judicial a sus conflictos, y en relación con los menores, en situación de violencia, o las mujeres en situaciones vulnerables, o personas con discapacidad, sin ninguna duda. Por lo que, la necesidad de implantar estos cambios es fundamental

- **La formación en violencia (género, familiar, abusos) y derecho familia.** Referir, como se reitera en todos mis estudios, como imprescindible centrar los recursos en dotar de personal y formación especializado (no solo en violencia, que también, sino en el ámbito de derecho de familia) a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otros. En multitud de casos, no conocen la diferencia entre custodia y patria potestad, lo que son régimen de visitas tuteladas o supervisadas en Punto de encuentro familiar (PEF) por poner algún ejemplo y,

⁵⁸ Conclusiones y datos extraídos de XIX Jornadas de Derecho de Familia de Barcelona SCAF (2022) Barcelona, 1 y 2 de diciembre de 2022 Auditorio del World Trade Center Barcelona.

esto provoca situaciones erróneas en sus actuaciones y atestados con nefastas consecuencias. La formación no es el problema en jueces y fiscales, como lo es la falta de sensibilidad estos casos de los que hablamos. No tratando a las personas como números en expedientes.

- **Cambios en Puntos de Encuentro Familiar (PEF) y en los Informes psicosociales.** En cuanto a las normativas reguladoras de PEF, son imprescindibles modificaciones profundas y, además, resulta insólito que su gestión esté en manos de empresas privadas. Y, su personal que no forman parte de la administración de justicia ni de otra, emitan informes que son tenidos en cuenta por los jueces y fiscales. Y, en los que se aplica de manera habitual, con las madres, el Síndrome Alineación Parental.

En cuanto al personal y el rigor, normativa de los Informes psicosociales, simplemente manifestar que no existe. Son personal contratado, no funcionarios de la administración de justicia, su trabajo carece de control y la elaboración de los informes, que son fundamentales para custodias, abusos y maltratos, carecen de metodología, vigilancia y modo de apelación de las partes, creando una descomunal indefensión y arbitrariedad.

A modo conclusivo, no podemos mantener el axioma de que, nuestro país es pionero en leyes de género y eso resuelve el problema y a los datos me remito. La legislación sobre la protección de mujeres y menores víctimas de violencia machista tiene mucho margen de mejora, sin embargo, el problema no recae en la falta de legislación, sino en la falta de aplicación de las leyes protectoras. Es decir, hay leyes, pero no derechos al no aplicar estas. Y, a la vez, no es admisible en un Estado de Derecho la falta absoluta de responsabilidad sobre la no aplicación de las leyes protectoras, así como, las consecuencias que conllevan las resoluciones de jueces y fiscales. La aplicación de la justicia no puede entenderse como una aplicación abstracta e indefinida porque, igual que las sentencias y consecuencias de estas, tienen nombres y apellidos quienes las firman también. Por lo tanto, es imperativo, la modificación de la responsabilidad nominativa de los jueces y fiscales, en cuanto a sus decisiones sobre la protección de mujeres y menores, así como, la reforma del régimen disciplinario de estos funcionarios. No es aceptable en un Estado de Derecho, un funcionario que es firmante directo de sus decisiones, sobre la seguridad y la vida de mujeres y menores, no tenga responsabilidad alguna cuando por su inacción o mala praxis provoca un profundo perjuicio o un asesinato.

10. Bibliografía

Boletines estadísticos mensuales (2012-2022) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, dependiente del Ministerio de Igualdad. (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es>)

BODELÓN, E. *Violencia institucional y violencia de género*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 48, Granada 2014 Disponible en:

<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2783/2900>.

CALVO GARCÍA, M *Evaluación de la respuesta jurídica frente a la violencia de género. Análisis de la ley orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género*, Cuadernos Penales José María Lizón.2005

CORTADA CORTIJO, N. *Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, en La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (dir., por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016.

Datos: los datos obtenidos para la realización de este estudio se han analizado 103 casos judicializados en los que las mujeres (españolas o extranjeras), que son a la vez madres y, tienen en común, haber sufrido el maltrato junto con sus hijos. El ámbito geográfico de estudio es todo el territorio español. Durante un período de análisis de siete meses procesados y analizados hasta agosto del 2022 por Elena del Pilar Ramallo Miñán, Doctora en el ámbito del Derecho, investigadora.

Dictamen adoptado por el Comité CEDAW en 2014 sobre el asesinato de Andrea a manos de su padre, hija de Ángela González. España. Sentencia del Tribunal Supremo (C-A) 17/7/18 reconoce responsabilidad patrimonial del Estado por daños morales, en base al carácter vinculante dictamen CEDAW. Caso Ángela González Carreño. El Tribunal Supremo da la razón a Ángela y condena a España a indemnizarla con 600.000 euros. Además, reconoce la obligación del Estado de cumplir los dictámenes internacionales.

Fichas de víctimas mortales (mujeres y menores) de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.
<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/home.htm>

DURÁN PALACIO, N. & POSADA MARÍN, S. & DÍAZ ALZATE, M. *Violencia institucional de género en el sistema jurídico colombiano*. El Ágora USB 2022.

Informe *Violencia de género: protección de las víctimas menores*, de la fiscalía María Jesús Cañadas (Centro de Estudios Jurídicos, 2019)

EGURA, C., GIL, M.J., SEPÚLVEDA, M.A. *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*, Cuadernos de Medicina Forense, 12 (43-44), enero-abril 2006.

España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Boletín Oficial del Estado, 28 de enero de 2005, núm. 313.

España. Ley 5/2008, de 24 de abril, Del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado, de 30 de mayo de 2008, núm. 131.

España. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Boletín Oficial del Estado, 5 de junio de 2021, núm. 134.

MAQUEDA ABREU, M.^a LUISA. *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2006, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

MAYORDOMO RODRIGO V. *David frente a Goliath: El superior interés del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva en tela de juicio*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XL 2020. En el marco del Proyecto de Investigación: *La integración social del menor víctima a partir de una tutela penal reforzada*. Ministerio de Economía y Competitividad. Código del Proyecto: DER2017-83329-R.

RAMALLO MIÑAN, E. *Problemática laboral de las víctimas de género: desajustes competenciales y jurídicos*. Revista Acta Judicial (7), Madrid 2021.

RAMALLO MIÑAN, E. “Decálogo de modificaciones del Pacto de Estado contra la Violencia de Género” Una iniciativa desarrollada con diversos medios de comunicación (El Correo Gallego y Cierre Digital) con el fin de realizar divulgación de medidas contra la violencia machista en el año 2019

RAMALLO MIÑAN, E. *Violencia de extensión y vicaria: medidas normativas urgentes para una ejecución inicial*. Revista Acta Judicial (9), Madrid. 2022.

ROMITO, P. (2006), Un silencio ensordecedor. La violencia oculta contra mujeres y niños. Barcelona: Montesinos.

TOLDRÁ ROCA, D. *Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II)*. La protección de menores: encrucijada judicial. En *La Protección a la víctima de Violencia de Género*. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004 (dir., por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016.

TORRES ROSELL, N. *Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015*. En *La protección a la víctima de Violencia de Género*, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004 (dir. por A. M. Romero Burillo), Aranzadi, 2016.

USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N. *Cuestiones Internacionales*. En *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense*, (coord. por Serrano Falcón, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. Y MONCADA BUENO, J. *Régimen de visitas y suspensión*. En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor), Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. Y MONCADA BUENO, J. *Orden de alejamiento* En *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. Rivas Vallejo y G. Barrios Baudor), Aranzadi, Navarra, 2014.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

Agradecimientos

A las Víctimas individuales 103 casos judicializados en los que las mujeres (españolas o extranjeras), que son a la vez madres con hijos víctimas de violencia machista y de abusos sexuales (los menores) que han participado y que han permitido la realización del análisis de casos. Los casos presentados ante la ONU por la Federación de Asociaciones del Consejo Nacional de Mujeres Resilientes de la Violencia de Género. Una federación que aglutina a más de 30 organizaciones feministas de diversas partes del Estado y a decenas y decenas de madres víctimas de esta violencia que se han unido a título individual. A todas ellas mi profundo agradecimiento por participar en este estudio con el fin de aportar cifras a este cruel maltrato, que en demasiadas ocasiones tiene consecuencias dramáticas de asesinatos.

APUNTES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Notes on the right to strike in the Administration of Justice

Por Alfredo Martínez Guerrero

Letrado de la Administración de Justicia

altiro1964@gmail.com

Artículo recibido: 02/05/23 | Artículo aceptado: 29/06/23

RESUMEN

Desde que comenzó el año 2023, las huelgas se enseñorean en los Juzgados y Tribunales españoles. Terminan unas y empiezan otras. Es una realidad que podemos analizarla desde muy diversos frentes. En este trabajo nos vamos a centrar en dos aspectos de aquélla que, se entiende, son de mayor interés por su carácter problemático y de mayor actualidad. En primer lugar, quiénes pueden ejercer el derecho de huelga en la Justicia española. A continuación, analizaremos los efectos laborales que producen las huelgas en los sujetos de la Administración de Justicia. Todo ello, claro está, con especial atención a un *tertium genus*: los letrados judiciales.

ABSTRACT

Since the beginning of the year 2023, strikes have been dominating the Spanish courts and tribunals. Some end and others begin. It is a reality that can be analysed from many different angles. In this paper we are going to focus on two aspects of it which, it is understood, are of greater interest due to their problematic and topical nature. Firstly, who can exercise the right to strike in the Spanish justice system. Next, we will analyse the labour effects of strikes on those involved in the Administration of Justice. All of this, of course, with special attention to a *tertium genus*: judicial lawyers.

PALABRAS CLAVE

Huelga. Negociación colectiva. Libertad sindical. Administración de Justicia. Letrados de la Administración de Justicia.

KEYWORDS

Strike. Collective bargaining. Trade union freedom. Administration of Justice. Lawyers of the Administration of Justice.

Sumario: 1. Sujetos activos de la huelga en la Administración de Justicia. 1.1 Titularidad individual del derecho de huelga. 1.2 Ejercicio colectivo del derecho de huelga. 1.3 Titulares del poder de convocatoria de la huelga en la Justicia. Referencia a la negociación colectiva de los letrados judiciales y sus asociaciones profesionales. 2. Efectos laborales de la huelga en la Administración de Justicia. 2.1 Para el empleador. 2.2 Para los empleados públicos. 2.2.1. Económicos. 2.2.2 Reputacionales. 2.2.3 Un conflicto moral entre letrados judiciales. 2.2.4. Condiciones laborales. 2.2.5 Naturaleza jurídica y consecuencias de los acuerdos 3. Viaje a ninguna parte. 4. Consideración final. 5. Bibliografía.

1. Sujetos activos de la huelga en la Administración de Justicia

Es obligado partir en el asunto de las huelgas, de la STC 11/1981, ponente Don Luis Diez-Picazo y Ponce de León. Sentencia icónica donde las haya, fija las bases jurídicas de numerosos aspectos de aquéllas, ante la inhibición de los diversos legisladores que en nuestra democracia ha habido. Les mientas su regulación y huyen como alma que lleva el diablo. En contrapartida, eso sí, se desquitan con otros muchos asuntos, por pueriles que puedan ser, bien lo sabemos/padecemos.

- En relación con su **concepto**, la sentencia citada configura uno amplio, propio del lenguaje cotidiano y de algunos textos legales: *la huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos. Y otro más técnico-jurídico, precisando su contenido esencial: la huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir.*

- En relación con su **naturaleza jurídica** establece que el artículo 28.2 de la CE, introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico una importante novedad: *la proclamación de la huelga como **derecho subjetivo** y como **derecho de carácter fundamental**. La fórmula que el texto emplea («se reconoce») es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación... Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos... Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución... Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible*

conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos.

- En relación con su **carácter** nos dice que: *“define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores uti singuli, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que, si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales”*.

1.1. Titularidad individual del derecho de huelga

No estuvo exento de problemas el trasladar este derecho a la **Función Pública** en el siglo pasado, con varios intentos fallidos, como fue el del año 1981, a través del Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Ejercicio de los Derechos y Libertades de los Funcionarios de las Administraciones Públicas. Debemos destacar que los funcionarios públicos tienen intereses similares en su relación de empleo –remuneraciones, condiciones de trabajo, carrera profesional, ...– a los trabajadores del sector privado, pero no se puede olvidar que la defensa de esos intereses se transforma, por lo general, en reivindicaciones frente al Estado u otras Administraciones territoriales, y a la postre frente la sociedad en su conjunto, lo que justifica la existencia de condicionamientos y peculiaridades que afectan a la acción sindical y, de forma muy relevante, a la negociación colectiva y al derecho de huelga¹.

En la actualidad es problema resuelto, con las peculiaridades señaladas. El **artículo 15** del Estatuto Básico del Empleado Público establece que: *“Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva: ...c) Al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.”*

La **Administración de Justicia**, no obstante, es un sector muy peculiar de la Administración. Sostiene a uno de los poderes del Estado, el judicial. Tiene regulación propia, por más que la normativa general sea de subsidiaria aplicación². Así lo ordena el artículo 122.1 de la CE, al señalar que *“La ley orgánica*

¹ Rivero Lamas, J., «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 6-7, 1995, p. 95.

² Por un lado, el artículo 4 c) EBFP, que señala que *Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal...c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.*

del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia." Su mandato lo cumple la actual LOPJ de 1985. Esta especialidad se recoge también en los Presupuestos Generales del Estado donde tienen sus propios preceptos las retribuciones de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, separados de las retribuciones del resto de funcionarios.

En los Juzgados y Tribunales españoles prestan sus servicios remunerados cuatro tipos de funcionarios públicos: a) los auxilios, tramitadores y gestores; b) los letrados de la Administración de Justicia; c) los fiscales; y d) los jueces y magistrados.

- Para el primer grupo, el **artículo 496 de la LOPJ**, establece que *"Los funcionarios tienen los siguientes derechos colectivos, en los términos establecidos por la Constitución y las leyes...d) De huelga, en los términos contenidos en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, garantizándose el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia."*

- Para el segundo grupo, el artículo 444 de la LOPJ, establece que *tendrán iguales derechos individuales, colectivos y deberes, que los establecidos en el Libro VI de esta Ley, rigiendo con carácter supletorio lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público y el resto de la normativa estatal sobre función pública.*

- Para el tercero, habrá que estar a lo que se establezca para el cuarto, en la medida en que hay una remisión expresa en los artículos 51 y ss. del Estatuto del Ministerio Fiscal a lo dispuesto para la carrera judicial. Pero no tiene por qué ser así. Ni tan siquiera debiera, como veremos, pues el Ministerio Fiscal no está concernido por la especialidad de ser los que ponen la carne -encarnan- a unos de los poderes del Leviatán, como son los jueces.

- En relación con los Jueces y Magistrados, debemos partir de un hecho cierto. El término juez hace referencia a una realidad bifronte: por un lado, tenemos al **sujeto funcionario**. Es la mitad que sostiene al conjunto en el que se integra la otra mitad, el sujeto jurisdiccional que ejerce la potestad jurisdiccional del Estado. Según Tomás y Valiente: *"los conceptos de independencia del Poder, de la función, y de la persona integrada en aquél y titular de ésta están íntimamente*

Por otro, así se establece en diversos preceptos de la LOPJ, como por ejemplo para Jueces y Magistrados en el artículo 373.7 a propósito de permisos, licencias o cualquier otro derecho reconocido en tal ámbito. Los artículos 51 a 53 del Estatuto del Ministerio Fiscal que remiten al remiten de los miembros de la Carrera Judicial. Para Letrados Judiciales en el artículo 444 al señalar que rige con carácter supletorio lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público y el resto de la normativa estatal sobre función pública. Para el personal funcionario de carrera de los Cuerpos al Servicio de la Administración de justicia, ver artículo 474.

vinculados, pero no se corresponden con la misma realidad jurídica, ni son la misma cosa, ni están protegidas por los mismos mecanismos de garantía”³.

El estatus del juez tiene, en consecuencia, dos componentes diferentes pero interdependientes. No pueden existir por separado y ambos están revestidos de una garantía esencial: la independencia. Deben ser independientes como *sujetos jurisdiccionales* al actuar la potestad jurisdiccional. Deben ser independientes como *sujetos funcionarios* a los que se les aplica unas condiciones laborales en su relación administrativa con el Estado. Son, sin la menor duda, titulares de derechos tales como vacaciones, permisos, retribuciones y salarios, situaciones administrativas, categorías, promoción profesional, escalafón, destinos, etc.; al ser trabajadores que se integran en una organización administrativa.

Son los jueces los únicos –digo bien, los únicos, no hay más ejemplos, tampoco a los miembros del Ministerio Fiscal les resulta aplicable– funcionarios que, además, ejercen un poder del Estado. Eso hace que ya desde la CE, en su artículo 122.1, se estableciera la necesidad de que fuese una Ley Orgánica la que determinara el estatuto jurídico de los jueces y magistrados; y que en su artículo 117.1 exija que sean independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

Pero volvamos al objeto de este trabajo: la huelga. ¿Son titulares los jueces y magistrados de este derecho fundamental, en los términos establecidos por la CE y el Tribunal Constitucional? Esta pregunta está en el aire desde hace más de 25 años. Ante la inhibición del legislador ya señalada, solo podemos acudir a las opiniones, más o menos fundadas de la doctrina. La jurisprudencia no se ha pronunciado hasta el momento, aunque sería un supuesto en el que evitar ser juez y parte se presenta complicado.

Sin querer entrar en un análisis pormenorizado, si exponremos argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que un juez puede ser titular del derecho de huelga, para que sea el lector quién tome su propio partido.

A favor: 1º. La huelga es un derecho fundamental, por lo que cualquier trabajador y ciudadano tiene derecho a su ejercicio, la restricción debe ser excepcional y apoyada en un precepto legal. En este sentido, son invocables directamente ante los Tribunales de Justicia sin necesidad de otra norma que los desarrolle.

2º. El artículo 28 de nuestra Carta Magna consagra, en su apartado primero, la libertad sindical; y en su apartado segundo el derecho de huelga. Lo hace de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta, sin que el derecho de huelga como instrumento de defensa haya de estar

³ Tomas y Valiente, F. Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en Constitución: Escritos de introducción histórica, Madrid. p. 152.

vinculado de forma exclusiva a los sindicatos. Es decir, los sindicatos pueden convocar una huelga, pero *para convocar una huelga no son imprescindibles los sindicatos*.⁴

En contra: 1º No hay, a diferencia de los Letrados de la Administración de Justicia y el personal al servicio de ella, ningún precepto en la LOPJ que haga la más mínima referencia a que los jueces pueden ejercerla. Tampoco, en ninguna otra norma de los empleados públicos, se hace referencia a tal posibilidad, ya sea el Estatuto Básico del Empleado Público u otra de menor rango.

2º. No hay forma de determinar quién podría juzgar sobre los pleitos que pudieran plantearse, que fuese ajeno al conflicto. Es decir, ¿quién ejercería el control de legalidad de las huelgas de jueces? ¿Quién controlaría la legalidad de los servicios mínimos que se establecieran, o los descuentos que se efectuaran? ¿Dónde encontrar jueces que no pudieran ser recusados al estar afectados ellos mismos por las consecuencias de la huelga?

3º El carácter bifronte de los jueces, el ser titulares de un Poder del Estado. Cada uno de ellos, al ejercer la jurisdicción individualmente a través de sus resoluciones en los procedimientos, son Poder Judicial. Esto supone que: A) La huelga manifiesta la existencia de un conflicto, en el que hay una situación de dependencia entre el trabajador que reclama –y que está en situación de *subordinación jerárquica*–, y el empleador que es reclamado –y está en situación de *superioridad jerárquica*–. Esta situación es incompatible con los integrantes de un Poder del Estado que, por definición, no pueden participar en esa situación de subordinación jerárquica. B) Un Poder del Estado no puede dejar de ser ejercido y entrar en suspensión. Según Pérez Royo algo constitucionalmente impensable⁵.

4º El CGPJ, se mostró contrario al ejercicio de la huelga por jueces y magistrados en un Pleno y en una Declaración institucional, febrero del 2009, señalando que *“el CGPJ, como el órgano de gobierno del Poder Judicial, por tanto, no comparte medidas de presión que perjudiquen el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva y cuyo ejercicio no tiene una específica cobertura legal”*.

-Por último, señalar que conforme al artículo 3 c) de la Ley Jurisdicción Social: *“No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”*.

⁴ Ojeda Avilés A. «Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», en Jueces para la Democracia n.º 16-17, 1992. *“De igual modo que existen sindicatos desprovistos del derecho de huelga, pese a las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la esencialidad que acabamos de ver, puede haber colectivos con derecho de huelga privados de libertad sindical.”*

⁵ Pérez Royo: Burdo fraude de ley, El País, 17 ene 2009.

2.2. Ejercicio colectivo del derecho de huelga

La huelga es, dijimos, un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo, según se deriva de la STC 11/1981 y del RDL 17/1977. También hemos señalado con anterioridad que, según se desprende del artículo 28 CE, el derecho de huelga y su ejercicio *se desvincula de la libertad sindical*. Es decir, no es imprescindible según el texto constitucional, que la huelga sea convocada por un sindicato.

Estas dos afirmaciones hacen brillar el carácter problemático de este derecho. El que su titular sea un individuo, pero sólo puede ejercitarlo en compañía de otros provoca numerosas cuestiones. Nos interesan en este momento centrarnos en quién puede convocar una huelga en la Administración de Justicia y, convocada, quién puede o debe hacerla.

2.3. Titulares del poder de convocatoria de la huelga en la Justicia. Referencia a la negociación colectiva de los letrados judiciales y sus asociaciones profesionales

Conforme al artículo 3 del RDL 17/1977, la declaración de huelga puede ser realizada por los trabajadores, a través de sus representantes o directamente por los trabajadores del centro de trabajo afectado, siempre que la mayoría simple de los mismos lo decida. Esto hay que entenderlo en el sentido, nos dice el Tribunal Constitucional de que: *“si bien la titularidad del derecho de huelga les pertenece a los trabajadores, el derecho puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga”*. En consecuencia, en nuestro actual marco normativo, nos dice el Tribunal Constitucional: *“son perfectamente posibles las **huelgas organizadas**, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores y las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de wild strikes, huelgas «salvajes» o **huelgas sin control sindical**”*.

No resulta fácil trasladar estos principios a la Administración de Justicia. Por un lado, porque los jueces –los fiscales se les han agregado, aunque de forma contingente– no tienen capacidad de sindicación, como dijimos. Eso hace que la convocatoria de una posible huelga de jueces solo pueda ser salvaje o, en su defecto, organizada por unas asociaciones profesionales que harían las veces de sindicatos –si es que eso es posible–. Esta cuestión no es objeto –más que tangencial– del presente trabajo. Por otro, porque dentro de los que trabajan en la Administración de Justicia hay un colectivo, el de los letrados de la Administración de Justicia, cuya peculiaridades funcionales y competenciales determinan que se encuentren sujetos a una legislación laboral que solo les constriñe, *dejándoles huérfanos de representación sindical efectiva*.

1.3.1. Merece la pena detenerse en esta anomalía del sistema y hacer una breve incursión en el derecho a la negociación colectiva de los letrados de la Administración de Justicia, pues es un derecho integrado en su libertad sindical que, a la vez, determina la configuración de su derecho de huelga.

Desde la STC 56/1990, de 29 de marzo quedó meridianamente claro que los letrados de la Administración de Justicia constituyen una excepción en el ámbito de la Administración de Justicia –o su sinonimia Poder Judicial, en palabras del Constitucional en la mencionada sentencia–. En esa resolución se afirma lo siguiente: *“Los Secretarios Judiciales que, por el carácter parajudicial de sus funciones, escapan al régimen del personal al servicio de la Administración de Justicia, constituyéndose, en cierto modo, como un tercer género entre dicho personal y los miembros integrantes del Poder Judicial.”* Posición y doctrina consagrada posteriormente en sentencias tales como la 155/2011, 224/12 o 58/2016⁶.

Ser un tercer género, es decir, no resultar encuadrable en las categorías binarias de siempre, patrón o empleado, jefe o trabajador, juez o funcionario... hombre o mujer... ya sabemos que comporta grandes riesgos. El principal es el desclasamiento⁷, apatridismo o efecto sándwich de manera más descriptiva. Supone, en pocas palabras, quedar sin el amparo de los grandes grupos en el reparto, siempre conflictivo, de las mejores porciones del escaso pastel... de lo que sea.

En otros campos, las discriminaciones positivas en favor de esos grupos minoritarios se están imponiendo, todo lo contrario, ocurre a los letrados judiciales, cuyo Ministerio de Justicia los desampara sin titubeos amedrentado por unos –jueces, fiscales y abogados– y otros –funcionarios judiciales–. Los jueces despliegan su presión casi siempre de forma callada. Pero también lo hacen de forma explícita. De ambas formas, no quieren saber nada sobre una posible alianza en materia de condiciones laborales con los letrados judiciales. Así, tres de las cuatro asociaciones judiciales, decían en febrero del 2023 en comunicado conjunto, a propósito de la huelga de letrados de la Administración de Justicia, que: *Sin perjuicio del legítimo planteamiento de las medidas que se consideren precisas en defensa de sus intereses colectivos, rechazamos rotundamente la cláusula de enganche salarial*”. Desde posiciones ideológicas antagónicas, Jueces para la Democracia se separaba del comunicado conjunto de las otras asociaciones –en principio más conservadoras–. Pero en esta materia, asumía, incluso con más dureza, la negativa a admitir como compañeros de viaje laboral a los letrados judiciales y decía: *“Lo que no es aceptable es que pretendan ligarse a las*

⁶ Sobre este asunto véase Revista Acta Judicial nº 7, enero-junio 2021, pp. 72-124 ISSN 2603-7173, El carácter judicial de los letrados de la administración de justicia, Martínez Guerrero, A.

⁷ De mucho interés la obra de Bourdieu, Pierre (2006) Campo del poder y reproducción social. Elementos para un análisis de la dinámica de las clases sociales. Córdoba: Ferreyra Editor.

retribuciones de la carrera judicial y fiscal. La llamada “cláusula de enganche” merece nuestro expreso rechazo. Confunde las responsabilidades y funciones del Poder Judicial con la de un Cuerpo Superior de la Administración del Estado. Una comparación, para ser tal, debe hacerse entre términos homogéneos. Si no se produce así, se cae en la incoherencia o la pura arbitrariedad. La labor y funciones de jueces y magistrados no son equiparables a la de los letrados de la administración de justicia ni en el fondo ni en la forma. No son ni mejores ni peores. Son distintas”⁸.

Los funcionarios judiciales de los Cuerpos Generales –Gestores, Tramitadores y Auxilios–, no se paran en ambages. Se lanzan a la yugular laboral de los letrados judiciales sin miramientos y con un punto de cinismo. Los sindicatos generalistas de esos tres colectivos primero bloquean y después recurren, cualquier mejora que se negocie o arranque al Ministerio de Justicia por el colectivo de letrados judiciales. Un par de ejemplos, distantes en el tiempo –no cambian–, bastarán de muestra. En el año 2019, la STS 1515/2019 expulsó del Ordenamiento Jurídico el RD 101/2019 por el que se regulaba el aumento de la cuantía a percibir en el régimen de sustituciones voluntarias de los letrados judiciales. Fue consecuencia del recurso interpuesto por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras.

El 28 de marzo de 2023 se firmó un acuerdo entre la Secretaria de Estado de Función Pública y el Comité de Huelga de los letrados de la Administración de Justicia, por el que se establecía –para éstos– un incremento de la cuantía mensual salarial de 430 euros. A cambio, eso sí, de unos compromisos que luego veremos. La gran mayoría de sindicatos generalistas de funcionarios judiciales –CSIF, STAJ, CCOO, UGT y CIG– tardaron menos de una semana, en realidad dos días, en movilizarse. Exigían que las Leyes de Eficiencia se negociaran con ellos...y una subida salarial acorde con la de los letrados judiciales, tachando al equipo ministerio de clasista y discriminatorio. Convocaron huelga a partir del 17 de abril. El primer motivo para el conflicto decayó por sí solo con la convocatoria de elecciones generales. Pero solo desconvocaron la huelga, cuando les aseguraron –a la UGT, CCOO y CESIF– que el Gobierno de la nación, no cumpliría lo pactado y no llevaría al Consejo de Ministros, los Reales Decretos que materializaran la subida salarial prometida a los letrados judiciales. La *prueba de vida* de tal cosa, es decir la paralización de la subida salarial de los letrados judiciales, se la dio el Ministerio de Justicia a los sindicatos el 15 de junio del 2023, cuando desconvocó por la tarde, la mesa sectorial prevista para el día siguiente en la que informaría a los sindicatos del pacto con los letrados de la

⁸ Resulta pintoresco el argumento de esta asociación. Está por ver, si quieren ser coherentes, que hagan un comunicado parecido respecto de los miembros del Ministerio Fiscal que, es evidente, no son Poder Judicial en los términos que señalan, *pues su labor y funciones no resultan equiparables, ni en el fondo ni en la forma, son distintas, ni mejores ni peores, para utilizar su terminología.*

Administración de Justicia. Lo hizo sin explicación alguna y los Reales Decretos se esfumaron de la agenda del Consejo de Ministros.

Ellos –los sindicatos generalistas de funcionarios judiciales–, no habían conseguido **ninguna** de las reivindicaciones que alegaron como causa de sus movilizaciones. Pero su huelga se desconvocó el 5 de julio, de prisa y corriendo, dos días antes del comienzo de la campaña electoral. Aquéllos –Ministerio de Justicia– y éstos –sindicatos generalistas–, pagaron *el precio vil* –el incumplimiento del pacto con los letrados judiciales a cambio de la desconvocatoria de la huelga antes del comienzo de la campaña electoral– con el descaro de los que se saben impunes. Se pueden consultar en estos enlaces el cronograma de lo relatado⁹.

Y esto es así, porque *la legislación sindical y de negociación colectiva en la función pública, aboca al colectivo de letrados judiciales a la más absoluta orfandad e irrelevancia*. En esencia, los preceptos que sostienen la discriminación que analizamos son los siguientes.

- El artículo 31 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante TREBEP–, según el cual, se entiende por negociación colectiva, *el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública*.

- El artículo 33 del TREBEP, según el cual: “La *negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos...*, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las **organizaciones sindicales** en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. A este efecto, se constituirán **Mesas de Negociación** en las que estarán **legitimados** para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración Pública correspondiente, y por otra, las **organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal**, las organizaciones sindicales más representativas de comunidad autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”.

- La Disposición Adicional duodécima del TREBEP establece que: 1°. *Para la negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario o estatutario de sus respectivos ámbitos, se constituirán las siguientes Mesas de Negociación:*

...

⁹ <https://www.servimedia.es/noticias/sindicatos-convocan-huelga-indefinida-funcionarios-justicia-partir-17-abril/3655692>

<https://confi legal.com/20230616-justicia-desconvoca-la-reunion-con-los-sindicatos-prevista-para-hoy-sobre-la-subida-salarial-de-los-laj-y-estos-advierten-de-nuevos-conflictos/>

<https://cadenaser.com/andalucia/2023/07/05/los-sindicatos-mayoritarios-desconvocan-la-huelga-indefinida-de-funcionarios-de-justicia-ser-malaga/>

b) Del personal de la Administración de Justicia, para las cuestiones que deban ser objeto de negociación comprendidas en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia”.

Por su parte el artículo primero de la LOLS establece que: “1. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

2. A los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas”.

El artículo sexto de la LOLS establece que: 1. La mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical.

2. Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal:

a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas.

b) Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

3. Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para:

a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tenga prevista.

b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.

- Por último, el artículo séptimo de la LOLS se expresa en parecidos términos, pero para regular los *sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma.*

La negociación colectiva como derecho fundamental de los funcionarios públicos es un asunto controvertido desde antiguo. La STC 57/1982 de 27 de julio nos dijo en su fundamento jurídico 9 que: “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos **no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva**, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en

lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias”.

La doctrina se divide en este asunto y nos encontramos a autores¹⁰ que niegan la radical mixtura entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho sindicación, no reconocido aquél a los funcionarios públicos ni en el artículo 37.1 ni el en 28.1 de la CE. Otros autores como Joaquín Aparicio Tovar¹¹ entienden que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicas está ínsito en la libertad sindical recogida en el artículo 28.1 de la CE, siendo parte de su contenido esencial. Nos inclinamos por una postura más práctica que supera, vía legalidad ordinaria, la dicotomía señalada. Es la recogida en la STC 80/2000 fundamento jurídico 6, según el cual: *“Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3 b) y c) LOLS], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical”.*

La mayor representatividad de los sindicatos y su participación en la negociación colectiva queda, pues, claramente conceptuada **como un derecho de configuración legal, no constitucional**. Es importante destacar este asunto porque supone que pueda ser regulado de forma distinta. Es decir, son **derechos de configuración legal abierta**, que permiten, constatada su ineficacia para ciertos colectivos –en concreto el de letrados de la Administración de Justicia–, **ser modificados y reconfigurados de manera más acorde con los derechos laborales de éstos**. En palabras del TC, sentencia 57/1982 -ya citada-: *“el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido que resuelven adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones*

¹⁰ Blasco Esteve, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 52, 1986, pp. 514-516; Arenilla Sáez, M., La negociación colectiva de los funcionarios públicos, Madrid, La Ley, 1993, p. 87.

¹¹ «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en AA. VV., Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

informales no previstas en la Ley, que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la Ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos negociados regulados por la Ley, y que por regla generalizada, necesitan de una norma estatal o de una Autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación”.

En cualquiera de las dos formas que conceptuemos el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos –constitucional o legal–, para los letrados de la Administración de Justicia el resultado actual es el mismo. En la Mesa Sectorial de la Administración de Justicia se sientan, exclusivamente 6 sindicatos generalistas –CSIF, STAJ, CCOO, UGT, CIG y ELA–que, como dijimos *ut supra*, en nada los representan y, mucho menos, defienden sus intereses. Sin embargo, **el que sea de configuración legal permite que se le dé una nueva redacción.** Regulación nueva que deberá ser respetuosa con los derechos de ese tercer género que dirige la Oficina Judicial y que tiene funciones *parajurisdiccionales*. Dos son las vías para hacerlo. Una primera cambiar la LOLS con relación a la configuración de las asociaciones sindicales con derecho a sentarse en las Mesas de negociación, de forma que sea posible el que tengan silla en las mismas los colectivos singularizados y específicos –como los letrados de la Administración de Justicia–, que son fagocitados en los sindicatos generalistas. No resulta admisible ni razonable que, al director de la oficina judicial, lo pretenda defender y representar la misma organización que a los funcionarios que dirige. Sobre todo, si tales organizaciones se rigen por criterios de mayorías cuantitativas, donde ***los votos de 3.800 letrados judiciales titulares se diluyen hasta desaparecer entre los votos de más de 40.000 funcionarios.***

La segunda vía, si esta primera se considera que presenta dificultades insalvables dada las resistencias que pueden plantear los sindicatos generalistas afectados –es público y notorio que las movilizaciones sindicales paralizan a las Administraciones Públicas en muchas de las imperiosas reformas pendientes, so pretexto de defensa de derechos laborales de los funcionarios que solo esconden privilegios de unas castas de empleados públicos ajenos a la realidad social que les circunda–, se residencia en el Reglamento Orgánico de los Letrados de la Administración de Justicia. La imprescindible reforma y adecuación de este Real Decreto, debe empezar por incluir a los letrados de la Administración de Justicia en el artículo 13 del TREBEP. Es decir, reconocerles como personal directivo, lo que permitirá la aplicación a los mismos del párrafo 4º del mencionado artículo según el cual: *“La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley”*. Idea en la que insiste el art. 37.2.c) del EBEP, al disponer que *“la determinación de condiciones de trabajo del personal directivo”* queda excluida de la obligatoriedad

de la negociación colectiva. Tal decisión se justifica por el hecho de que en el caso del personal directivo la relación orgánica predomina sobre la relación de servicio. El personal directivo se identifica orgánicamente con la Administración Pública porque, o bien expresa su voluntad al exterior, o bien porque contribuye a su formación. Por ello, **la Ley, que excluye del ámbito material de la negociación colectiva las potestades de organización de las Administraciones Públicas y los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, expulsa también de la esfera de la autonomía negociadora la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo**¹².

1.3.2. Toca cerrar el meandro sobre la negociación colectiva de los letrados judiciales y volver **al derecho de huelga de éstos y sus asociaciones profesionales**. Es todo una paradoja. El derecho a convocar la huelga como parte de la libertad sindical no obstaculiza que puedan hacerlo las asociaciones. Y éstas, sin embargo, *no tienen capacidad para negociar lo que sería el objeto que justificaría la huelga, la negociación colectiva de sus condiciones laborales*. Este derecho, a un grupo tan singularizado de funcionarios públicos, se le ve cercenado de facto –como dijimos–, al diluirse su voz –hasta disolverse y desaparecer– en los porcentajes exorbitantes que se dijeron en el ordinal anterior.

El *doble salto mortal*, en esta paradoja sin sentido, se produce en el mismo instante en que, al tener legitimidad para poder convocar las huelgas, las asociaciones de letrados judiciales, vía Comité de Huelga, pueden pactar condiciones laborales que afectarán a la negociación colectiva de todos los integrantes de la Administración de Justicia en la que, directamente, no pueden intervenir. Parece un sainete, pero ese es el escenario en el que nos encontramos, en la actualidad.

Ya se dijo al principio del ordinal 1.3 que la declaración de una huelga puede hacerla directamente los trabajadores: huelgas espontáneas; o pueden ser convocadas por los representantes de aquéllos: huelgas organizadas. En el colectivo de letrados judiciales las distintas huelgas convocadas en los últimos años lo han sido por las asociaciones profesionales de los mismos. Empecemos por señalar que no es un colectivo que se prodigue en huelgas. En lo que va de milenio, más allá de paros en días sueltos por protestas puntuales como la del 2008 por el caso MariLuz, solo se han convocado huelgas organizadas en este último decenio. La primera convocada de forma unilateral, el 26 de noviembre de 2021, por la Unión Progresista de Secretarios Judiciales –UPSJ en adelante–, sumándose posteriormente la Asociación Independiente de Letrados de la Administración de Justicia–AINLAJ en adelante–, se concretó en dos jornadas de

¹² Remedios Roqueta Buj; Derecho del Empleo Público. Valencia: Tirant lo Blanch 3ª Edición 2022. p. 206.

huelga en diciembre. El Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia – CNLAJ en adelante– no solo no se sumó a la misma, sino que el 25 de enero de ese año expresó en su página web que **no la apoyaba** de manera explícita.

La segunda, en noviembre y diciembre del año 2022, donde se realizan 4 jornadas de huelga convocada formalmente por la filial sindical del CNLAJ, Assejus –Asociación Sindical de Secretarios Judiciales– y por Unión Progresista de Secretarios Judiciales (UPSJ) que es una asociación sindical. La tercera huelga fue, por primera vez en la historia de la Administración de Justicia, indefinida. Se convocó el 24 de enero y concluyó el 28 de marzo, después de 63 días y un acuerdo al que luego nos referimos. Han sido huelgas, en consecuencia, siempre organizadas por una asociación sindical y por la filial sindical de la otra asociación profesional.

La peculiaridad de esta “organización” de la huelga indefinida por las asociaciones sindicales de letrados judiciales, que ha removido los cimientos de la Justicia en esta legislatura, justifica que nos detengamos en ella. Debemos recordar, con García Morillo que *“ en cierta forma, el derecho de asociación es, en efecto, una prolongación de las libertades de pensamiento, expresión y reunión —los hombres que son libres para pensar y para expresar sus pensamientos se reúnen para realizar colectivamente esa expresión y se asocian para defender conjuntamente las ideas que comparte— y una antesala de los derechos de participación, en la medida en que, en las democracias actuales, la participación política se canaliza preferentemente a través de formas específicas de asociaciones, entre las que partidos políticos y sindicatos ocupan un lugar señalado”*¹³. Es indudable el poso ideológico de las asociaciones de letrados judiciales, aunque su significación política sea algo menor a la sindical. Tales asociaciones son las que, tradicionalmente, han liderado y canalizado las reivindicaciones del colectivo. En esencia CNLAJ, con genes conservadores y la UPSJ, con genes progresistas. De carácter residual la Asociación Independiente de Letrados de la Administración de Justicia, AINLAJ su adscripción ideológica pudiera ser centrista.

Las dos asociaciones principales se unieron a finales del año 2022 y, como una sola, decidieron convocar oficialmente la huelga indefinida del presente año 2023. Es una unidad tan inesperada y novedosa que no tiene precedente en huelgas anteriores. Otra novedad importante es que las dos direcciones de tales asociaciones fueron fagocitadas por las bases del colectivo que encontraron su catalizador en las redes sociales. De manera que desaparecieron de escena en beneficio de dos nuevos actores, el Comité de Huelga y varias aplicaciones de

¹³ GARCÍA MORILLO, J. «Los derechos de reunión y asociación», en la obra colectiva Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. p. 285.

internet, que son los que **organizaron la movilización** y sus reivindicaciones, a la postre fallidas, eso sí. Podríamos decir que se trata un nuevo tipo de huelga mixta, no estrictamente salvaje o *wild strikes*, pero tampoco organizada *-strictu sensu-* por sindicatos profesionales.

Nuevo tipo de huelga gestada en un proceso de varios meses, en chat profesionales de WhatsApp, en hilos de Twitter, de Instagram...pero, sobre todo, en páginas de Facebook. Son en estos nuevos canales de comunicación, donde los miembros más activos del colectivo de letrados judiciales –si se mira detrás de los nick y se cuentan, no son más de 150–, van calentando el ambiente, expresan su malestar profesional, formulan reivindicaciones antiguas y nuevas, van constituyendo una red de quejas y reivindicaciones, a la par que reclaman de las asociaciones que las asuman y “*las peleen*” ante el Ministerio de Justicia.

Empujadas por ese clamor digital del colectivo de letrados judiciales –recordemos, 150 escasamente son activos–, las asociaciones, por primera vez en su historia, renuncian a sus diferencias y se unen en un Comité de Huelga que asume la dirección de los más de 4.000 profesionales que lo integran. Es este órgano, no elegido por el colectivo, sino por las asociaciones convocantes, el que asumió el mando de la huelga, comunicándose con la sociedad para explicarla –en partes casi diarios– y diseñando los pasos que debían darse para llegar a un acuerdo con el Ministerio de Justicia.

En los 63 días que duró la huelga, más del 60% de letrados de la Administración de Justicia, se fueron, y nos fuimos, autoorganizando en asambleas, por partidos judiciales, para determinar –improvisar– la estrategia que permitiera resistir una huelga indefinida. Además, se peleó o autogestionó, cada uno también como pudo o por su cuenta, el salir en los medios de comunicación y transmitir a la sociedad las reivindicaciones del colectivo. En este asunto algunos idearon performances muy logrados con los que consiguieron imágenes que se expandieron por redes, periódicos y televisiones como incendios de verano¹⁴.

Asistimos, en vivo y en directo, a una representación en la que las asociaciones profesionales van menguando en su papel de aglutinar y representar a sus asociados –desaparecidas e inoperantes, fagocitadas por el Comité de Huelga–. A la par, sus asociados y otros letrados judiciales no asociados se autoorganizan a través de las redes sociales para dar forma a las reivindicaciones profesionales del colectivo, formular las estrategias a seguir en el conflicto con el Ministerio y ordenar los pasos a dar en pro de tales estrategias.

Vivimos en sociedades hiperconectadas, líquidas, cambiantes y multiformes. El micromundo laboral de los letrados de la Administración de

¹⁴ <https://www.europapress.es/galicia/noticia-secretarios-judiciales-concentran-viernes-santiago-cifran-3000-actos-suspendidos-huelga-20230201185330.html>

Justicia no es ajeno a esta nueva realidad. Al contrario, está siendo pionero en sufrir los cambios que el mundo digital trae a las Oficinas Judiciales que dirige y a las relaciones laborales que en ella se producen. En el nuevo marco digital, procesal y laboral debemos asumir que las asociaciones de letrados de la Administración de Justicia, en su configuración actual, diferenciadas por tendencias políticas -más supuestas que reales-, carecen de sentido. Su destino parece evolucionar a una pérdida creciente -muerte lenta- de poder/influencia en dos sentidos. Por un lado, respecto del colectivo que les justifica y nutre. En la actualidad, más allá de los congresos anuales -cada vez más similares a los viajes de fin de carrera- y otras actividades menores como estudio e informes -que responden a actividades personales más que orgánicas-, el colectivo de letrados judiciales se autogestiona y organiza a través de las redes sociales. Su papel residual -y poco eficiente- justifica que dejen paso a otras formas de organización menos costosas y dóciles ante el Ministerio de Justicia que, con facilidad, las manipula y coopta con cargos y destinos de diversa índole. Por otro, respecto del empleador del colectivo, en la actualidad el Ministerio de Justicia. En la medida en que tales organizaciones no conectan con el sentir y las necesidades del colectivo de letrados judiciales, no los representan. Son las bases las que determinan el comportamiento de todo el colectivo **de forma asamblearia y digital**. Y es de ellas de donde deberá surgir los órganos -ad hoc- que, para cada caso, canalicen y negocien las aspiraciones y reivindicaciones del colectivo frente al Ministerio de Justicia. Deberán, incluso, asumir el papel de actualizar el ideario profesional del colectivo de letrados judiciales, remozándolo de manera continua, además de darle la difusión necesaria entre el colectivo y el resto de los operadores jurídicos.

La superestructura de unas asociaciones profesionales anquilosadas y absortas en sus asuntos internos, está siendo dejada a un lado y sobrepasada por esos nuevos “órganos” que surgen -como el Comité de Huelga extinto- para un problema concreto, terminado el cual, desaparecen. Su carácter instrumental no justifica una permanencia temporal más allá del conflicto para el que se crea.

Podrá alegarse, en contra de todo este nuevo proceso de organización profesional, que hay un peligro cierto de que las nuevas estructuras sean manipuladas o dirigidas por el Ministerio de Justicia, u otros poderes menos visibles, dada su endeblez orgánica y facilidad de infiltración de elementos espurios en el ámbito digital. Resulta evidente, frente a tal argumento que las asociaciones profesionales actuales no son ejemplo de nada en esta materia¹⁵. Los peligros se conjuran siendo conscientes de su existencia. Frente al descrito, la mejor fórmula de evitarlo/minimizarlo es la transparencia en las fuentes de

¹⁵ La extinta SISEJ, incluso se disolvió cuando sus cuadros se acomodaron en los despachos ministeriales. <https://www.sisej.com/disolucion-gradecimiento-y-legado-de-sisej/>

financiación y en los cargos y nombres de los que -transitoriamente-, estén al frente de las mismas.

Serán estas nuevas fórmulas de asociación latentes, autoorganizadas en redes sociales, muy ágiles y sin aparato burocrático que aspire a prebendas ministeriales, las encargadas de aglutinar y defender los intereses profesionales del colectivo de letrados de la Administración de Justicia¹⁶. Más allá de opciones políticas de derecha o izquierda, segregarán los órganos que se precisen en los conflictos profesionales que se generen en el futuro, dando lugar a *una nueva clase de huelgas que no serán salvajes, pero tampoco organizadas* por unas asociaciones profesionales clásicas y en vías de extinción. Además, serán las encargadas de participar y representar al colectivo de letrados de la Administración de Justicia en la negociación colectiva de sus condiciones laborales, cuando la legislación estatutaria sea modificada en el sentido señalado en el apartado 1.3.1 y, por tanto, tal cosa sea factible.

2. Efectos laborales de la huelga en la Administración de Justicia

Los efectos que las huelgas de este año han producido en la Administración de Justicia son de diversas clases. Para la sociedad en general, es decir, para el conjunto de ciudadanos que la forman, las consecuencias han sido nefastas. Baste decir que los retrasos en las causas, los aplazamientos en los juicios, la lentitud de los asuntos judiciales, en resumen, se ha multiplicado en un porcentaje importante que solo podrá determinarse con la estadística del próximo año. Algunas voces autorizadas las concretan en ocho o nueve meses sobre asuntos que ya tenían retrasos semejantes¹⁷. Y en el otro platillo de la balanza no hay nada que haga de contrapeso, *porque los conflictos que generaron las huelgas que dislocaron la Justicia no están solucionados, todo lo contrario*. Los ciudadanos españoles en su conjunto pierden en ambos lados de la balanza judicial. Los ciudadanos españoles deben saber algo de suma importancia:

“La justicia hace que el derecho no quede en papel mojado. Las normas que no se aplican, por buenas que sean, no surten efectos sociales. Su función central es resolver conflictos, aunque a veces los ritualiza de forma huera, costosa e inútil—. Cuando la justicia es lenta, costosa o ineficaz las personas sufren injustas violaciones en sus derechos y libertades; y como consecuencia tendremos, por ejemplo, más accidentes, más violaciones de los derechos humanos, más contaminación, menos contratación, menos inversiones o menos empleo. Un mal funcionamiento del sistema judicial suele traducirse en que los

¹⁶ Las **organizaciones de aprendizaje** pueden ser un buen modelo en el que inspirarse. Como en ellas, la información y las voluntades de colectivo de letrados judiciales, deberán compartirse y conformarse de manera continua y global.

¹⁷ <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-río-cree-preocupante-situación-justicia-sucesivas-huelgas-recuerda-somos-servicio-publico-20230607113422.html>

empresarios no cobren los créditos que tienen contra sus deudores (ineficacia de la ejecución), en la tardanza y lo costoso en conseguirlo, lo imprevisible del resultado o la impunidad. *Muchas empresas y agentes económicos se quejan y rehúyen la vía judicial porque la consideran lenta, costosa, ineficaz, poco fiable, plagada de incertidumbres y sobre la cual no es previsible casi nada*¹⁸.

Veamos los efectos para las dos partes del conflicto.

2.1. Para el empleador, el Ministerio de Justicia, las huelgas solo les supone un costo de imagen...es decir de votos electorales que les permitan seguir en el Gobierno o no. El que la Administración de Justicia funcione como se espera, dando un servicio público de calidad, en el que los conflictos se resuelvan en tiempo y forma, es un asunto que no les afecta de manera directa. El producto que ofrecen sea malo, regular o bueno, se coloca en el mercado social y *los cargos ministeriales no lo consumen*. El que se venda o no se venda, el que los ciudadanos estén contentos o descontentos con lo ofrecido, solo puede expresarse/reflejarse en moneda de valoración de la opinión pública y, a la postre, en la papeleta elegida en las elecciones.

Y en el *mercado social actual, hay que reconocerlo y decirlo con claridad, los bienes judiciales cotizan a la baja*. A nadie le importa –de verdad– la realidad del Poder Judicial y de la Administración de Justicia que lo sustenta. Apenas ha tenido reflejo en las campañas electorales, si acaso para mencionar la imposible renovación del CGPJ, y, consecuentemente, su impacto electoral ha sido nulo. La Justicia en España es un asunto menor, de quinta página periodística que sólo interesa cuando algún caso concreto y mediático llama la atención momentánea. Flamea unos instantes en los *mass media* y se apaga hasta el siguiente.

La Justicia no se mencionó en la campaña electoral, no se debatió sobre como reformarla y mejorarla, no se confrontaron modelos o sistemas, no se hicieron promesas ni se mostraron soluciones. Intenten rastrear en las redes algún debate escrito o verbal sobre el asunto, el desánimo más completo se apropiará del curioso. Se puede afirmar, por tanto, que su influencia en las elecciones fue nula o casi nula. De tal suerte que *las huelgas no han tenido el más mínimo efecto –coste cero– en el Ministerio de Justicia*, al menos que resulte apreciable y cuantificable.

2.2. Para los empleados públicos

Vamos a clasificar, tales efectos, en tres grupos.

¹⁸ Santos Pastor, Análisis económico de la justicia y reforma judicial. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016, pp. 22 y 23. Interesantísima obra que, a buen seguro, constituye un antecedente de primer nivel a libros más recientes y de gran impacto mediático como el de Juan S. Mora Sanguinetti: La factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España.

2.2.1 Económicos

El ejercicio de la huelga se concreta en un comportamiento individual relativo a una voluntaria y temporal interrupción de la prestación de trabajo, que el ordenamiento excluye su calificación como incumplimiento jurídico, y admite, por el contrario, la mera suspensión de las obligaciones de trabajo concernientes a los trabajadores individuales huelguistas. Es siempre una manifestación abstencionista que corresponde a la esfera exclusiva de libertad del trabajador individual¹⁹. Trae como consecuencia directa, la **suspensión y pérdida del salario de los días en que se ejerce la huelga**.

En concreto nos dice el artículo 30.2 del EBEP que: *“Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales”*. La STC 99/1987 en su FJ 5º estableció que el funcionario en huelga se encuentra en una situación de *“suspensión en la relación de empleo”* lo que habilita a reconocer -a la Administración- *expresamente la legitimidad del descuento de haberes por la cesación colectiva en el trabajo*. Esto supone que se pueda detraer los haberes salariales del funcionario sin necesidad de incoar expediente alguno, mucho menos disciplinario, al no tener tal carácter el descuento.

Debemos, además, recordar que los funcionarios en huelga siguen en situación de servicio activo, por lo que el resto de los derechos estatutarios tales como la reserva de plaza, computo del tiempo de la huelga a efectos de ascenso y trienios, las vacaciones o las cotizaciones a la Seguridad Social o Clases Pasivas no se verá afectado en nada.

Los Letrados de la Administración de Justicia hemos apoquinado los costos económicos derivados de la huelga desde el mes siguiente a que se iniciara. Como corresponde. Aunque con notables fallos derivados de la forma de recolectar los datos sobre los participantes²⁰. Dependiendo de destinos y antigüedad el coste de la huelga para cada letrado judicial no ha bajado de los 155 euros diarios, al computarse en ellos las retribuciones indirectas integradas por los trienios y los complementos específicos. Sin embargo, para realizar este cálculo no se tiene en cuenta la retribución correspondiente a los días de vacaciones ni a los festivos, salvo que estos últimos se integren dentro del periodo

¹⁹ Monereo Pérez, J.L. El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. Lex Social, 2021, Revista De Derechos Sociales, 11 (2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>.

²⁰ Los mismo se transmiten por los Secretarios Coordinadores al Ministerio de Justicia, sobre la base de las comunicaciones que se hacen en una aplicación informática que cierra el “fichaje” a las 11 horas, sin dar la posibilidad de corregir errores y suplir olvidos. Además de los colapsos que, algunos días, sufrió el sistema y que impidió su uso.

de huelga. Tampoco se incluyen las pagas extraordinarias, ya que no se puede anticipar descuentos futuros por un pago salarial que no se ha adelantado²¹.

Si multiplicamos 43 días efectivos de huelga, por 1771 letrados judiciales que realizaron la misma como media, a un coste de 155 euros **por día** tendremos la cantidad de 11.807.047 euros. Esta es la suma, aproximada, de millones de euros que el Ministerio de Justicia ha dejado de pagar en estos meses de huelga²².

Esta cantidad ¡es la mitad! de lo que tendría que abonar –¡diferida en dos años!– el Ministerio de Justicia a los letrados de la Administración de Justicia si cumpliera el pacto alcanzado. Con lo que podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos que, para el Ministerio de Justicia, la huelga, *desde el punto de vista económico fue muy rentable*²³.

Una última cuestión. El coste económico de lo conseguido por los jueces y fiscales, tras la huelga de los letrados judiciales fue, por completo, distinto. Bastante más rentable para los jueces y gravoso para el Ministerio de Justicia. *0 euros descontados a los jueces por su no huelga, y 450 euros prometidos por el Ministerio de Justicia* –para ellos todavía no se han incumplido los plazos pactados–. Unos 46,7 millones de euros en cómputo global. Está claro que las reglas del juego no son para todos las mismas. El que más gana con ese florido pensil de normas y más normas para clasificar y distinguir las múltiples especialidades que enfrenta a los colectivos judiciales, –versión moderna del *divide et impera* de Julio Cesar– es, sin duda, el Ministerio de Justicia. Bien lo sabe y promueve.

2.2.2. Reputacionales

La reputación de una profesión es un intangible difícil de cuantificar, pero de indudable valor. El diccionario de la Real Academia Española le otorga dos significados: Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo. Y ¿qué ha pasado con la consideración o estima de los Letrados de la Administración de Justicia en esta huelga?

²¹ La STSJ PV 2473/2021 es un buen ejemplo donde se explica y recoge la doctrina señalada por el Tribunal Supremo en esta materia.

²² Se trata de un cálculo aproximado pues el Ministerio de Justicia no ha facilitado datos sobre la materia. No obstante, es un cálculo basado en los datos oficiales del número de letrados judiciales efectivos que proporciona el CGPJ en su justicia dato a dato del año 2022; el coste real reflejado en las nóminas de los letrados judiciales en huelga, y del número de letrados judiciales que hicieron huelga obtenido de hacer media entre las cifras proporcionadas por las asociaciones profesionales, un 80% y las del Ministerio de Justicia, un 25%. Ver para estos dos últimos datos: Fotos de nómina que se aporta e inserta al final del artículo, correspondiente al que esto escribe en el mes de mayo; y <https://www.lavanguardia.com/vida/20230217/8766328/justicia-comite-huelga-discrepan-sobre-seguimiento-paro-letrados.html>

²³ https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1233138

2.2.2.1. En el plano externo, es decir, respecto al resto de operadores jurídicos en particular y a la sociedad en general, el coste reputacional de la huelga para los letrados judiciales fue y está siendo muy alto. Mas de sesenta días de paralización de las Oficinas Judiciales han causado conflictos con:

- **Los ciudadanos.** Millares han visto como sus pleitos e intereses son postergados en los armarios y sistemas de gestión por varios meses. Las explicaciones dadas por los protagonistas de la huelga a través de los medios de comunicación han sido escasas, pueriles en muchos casos, amateurs en el resto. Hubo una campaña de micromecenazgo en redes –*crowdfunding*–, con la que se recolectaron 10.899 euros para contratar una compañía de relaciones públicas que generara la mayor notoriedad posible a la huelga, ideada y ejecutada de manera espontánea –al margen de las asociaciones–. Se contrató a un “*community manager*” que inició una campaña en Twitter, Facebook y LinkedIn tan poco seguida y conocida como lo fue su final –se acabaron los euros y se esfumó–. Objetivos muy altos para un presupuesto muy reducido. Pero al menos se intentó. En lo demás, el colectivo estuvo a merced de ocurrencias individuales y comunicados de un Comité de Huelga ajeno a la profesionalidad de los medios de comunicación. Los resultados pueden verse en enlaces como los siguientes²⁴. Hay muchos más a disposición de quién quiera curiosear en Google.

- Los **abogados y procuradores.** Los **abogados** fueron muy críticos con la huelga de letrados judiciales. Aunque empezaran todos sus comunicados y declaraciones reconociendo el derecho de huelga de todos los empleados públicos -faltaría más-, enseguida mostraban su descontento ante los perjuicios que la misma les producía. Hasta el punto de cuestionar las funciones e intervención de los letrados judiciales, defendiendo la celebración de actos procesales sin su concurso. Estos dos enlaces son un ejemplo²⁵.

Los **procuradores**, por su parte, algo más templados enseguida mostraron su disponibilidad a asumir algunas de las funciones de los letrados judiciales que, con motivo de la huelga, empezaron a cuestionarse con seriedad. Las leyes de eficiencia y la transformación que supondrían era el vehículo adecuado para ese fin. Un claro ejemplo de saber aprovechar las oportunidades que brinda el diablo

²⁴ <https://elpais.com/opinion/2023-03-10/letrados-en-huelga.html>.
<https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20230214/huelga-letrados->
[https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20230214/huelga-letrados-](https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20230214/huelga-letrados-administracion-justicia-impacto-vida-diaria-pensiones-demandas-despidos-reclamaciones_18_08726901.html)
[administracion-justicia-impacto-vida-diaria-pensiones-](https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20230214/huelga-letrados-administracion-justicia-impacto-vida-diaria-pensiones-demandas-despidos-reclamaciones_18_08726901.html)
[demandas-despidos-reclamaciones_18_08726901.html](https://www.niusdiario.es/nacional/tribunales/20230214/huelga-letrados-administracion-justicia-impacto-vida-diaria-pensiones-demandas-despidos-reclamaciones_18_08726901.html)

²⁵ [https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/tres-colegios-de-abogados-](https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/tres-colegios-de-abogados-recomiendan-a-sus-colegiados-que-soliciten-la-celebracion-de-juicios-sin-la-presencia-del-laj/)
[recomiendan-a-sus-colegiados-que-soliciten-la-celebracion-de-juicios-sin-la-presencia-del-laj/](https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/tres-colegios-de-abogados-recomiendan-a-sus-colegiados-que-soliciten-la-celebracion-de-juicios-sin-la-presencia-del-laj/)
[https://confilegal.com/20230303-el-conflicto-creado-por-los-letrados-de-la-](https://confilegal.com/20230303-el-conflicto-creado-por-los-letrados-de-la-administracion-de-justicia-una-huelga-impostada/)
[administracion-de-justicia-una-huelga-impostada/](https://confilegal.com/20230306-huelga-de-los-laj-problemas-legales-y-funcionales/)
<https://confilegal.com/20230306-huelga-de-los-laj-problemas-legales-y-funcionales/>

disfrazado de huelga y conseguir, de una vez, que la ejecución judicial se residencie en la Procura. Véase el siguiente enlace²⁶.

- *Jueces, fiscales y funcionarios*. La posición de los *jueces* y sus asociaciones fue expectante, en un principio. No se pronunciaron en contra de la huelga y mucho menos a favor del Ministerio de Justicia. Incluso apoyaron las reivindicaciones. Solo fueron críticos, como se dijo, con la cláusula de enganche, aunque luego fuesen ellos quienes se engancharan a las reivindicaciones y la promesa de subida que se hizo. A medida que la huelga se prolongó en el tiempo, fueron surgiendo voces singularizadas de jueces que, haciendo de su experiencia personal categoría –un grave error de método que conduce, sin atajos, a conclusiones ya fijadas de antemano, una variante sencilla del sesgo de confirmación–, se dedicaron a escribir en medios de comunicación especializados, para cuestionar las funciones de los letrados de la Administración de justicia a cuenta de la huelga. Se significaron, sobre todos, los jueces que se recogen en los siguientes enlaces²⁷.

Los *funcionarios judiciales* y sus sindicatos generalistas fueron los más belicosos, los más contrarios a la huelga de los letrados judiciales, a la postre los que más han servido de escuderos al Ministerio de Justicia. Las razones y fundamentos de esta posición son las de siempre. La simpleza de las mismas –ellos realizan todas las actuaciones de los Juzgados por lo que las diferencias salariales no están justificadas; confunden rellenar datos de unos formularios que les proporcionan los Sistemas de Gestión Procesal, *con decidir cuáles deben utilizarse, revisar y firmar las resoluciones resultantes, haciéndose responsable de las mismas y de sus consecuencias*, entre otras cosas–, justifica que no se profundice en ellas. Basta con asomarse a sus consignas para que el lector se haga una idea, en los siguientes enlaces²⁸.

²⁶ <https://confilegal.com/20230118-cuales-son-los-objetivos-de-los-abogados-procuradores-registradores-graduados-sociales-y-notarios-para-2023/>

²⁷ <https://confilegal.com/20230305-la-tutela-de-los-derechos-de-los-ciudadanos-ante-un-poder-judicial-paralizado-por-la-huelga-de-los-laj/>

<https://confilegal.com/20230303-el-conflicto-creado-por-los-letrados-de-la-administracion-de-justicia-una-huelga-impostada/>

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/los-lajs-presentan-denuncia-ante-el-cgjp-por-incidencias-tras-una-posible-vulneracion-de-su-derecho-a-huelga/>

²⁸ https://justicia.fsc.ccoo.es/noticia:660692--NO_podemos_participar_en_los_planes_de_actuacion_para_los_retrasos_producidos_por_la_huelga_de_LAJ&opc_id=e8de8b4e82a96f4fbd6b4c7869bd9e79.

<https://confilegal.com/20230228-ugt-reclama-al-ministerio-que-delimite-las-funciones-de-gestores-y-tramitadores-para-impedir-que-todo-pase-por-los-laj/>

<https://www.csif.es/contenido/nacional/administracion-de-justicia/360979>.

2.2.2.2. En el plano interno, es decir, con relación a nosotros mismos, a la consideración en que nos tenemos como operadores jurídicos de la Justicia, los efectos han sido variados.

- Una primera consecuencia, positiva sin duda, fue el de la *unión del colectivo*. Nunca con anterioridad, aseguran, se había conseguido que todas las asociaciones de letrados judiciales se unieran en pos de un mismo objetivo. Y lo que es más relevante, más de la mitad de aquéllos secundaron la huelga –con distinta intensidad según territorios y días–. El hacer grupo, el sentirse orgullosos de la profesión, salir a las calles y darse a conocer, se formulan como grandes logros de la huelga en las redes de letrados judiciales y por las propias asociaciones. Pero no debe olvidarse que la unión era y es un medio al servicio de un objetivo: mejorar las condiciones laborales. Si el objetivo fracasa, los medios que conducen a ese resultado no pueden calificarse más que de fracaso. La publicidad conseguida para el colectivo, por otro lado, se entrevera de *vetas magras* de operador jurídico imprescindible en el funcionamiento de los Juzgados, con *vetas grasientas* de grupo elitista y minoritario que solo se ocupa de sus intereses corporativos y desprecia los problemas de los ciudadanos y de los profesionales que los representan y defienden.

- Pero de la mano de esa unión, llegó la desunión. El colectivo de letrados judiciales se dividió en *tres grandes grupos*. Los que defendían a capa y espada la huelga, participando de manera radical en la misma, algunos aseguran sin faltar un solo día. Los que, sin estar de acuerdo con las formas de la huelga, participaron en ella por: solidaridad con todo el colectivo, por estar hartos de los agravios seculares del Ministerio de Justicia, por ser conscientes de la necesidad de que la sociedad conociera nuestra situación y existencia, y por variadas razones más que no es posible detallar –pues los matices de cada uno de los que la hicieron son casi infinitos–. Por último, los que se quedaron en sus despachos sin participar en la huelga.

División incrementada –exponencialmente– con la votación final que, por partidos judiciales, se llevó a cabo para decidir sobre el pacto propuesto y el fin de la huelga. Esta forma de decidir, mediante un referéndum, supuso que la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de acuerdo con los principios democráticos. Pero en una huelga, esta conclusión es poco coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución y la legislación reconocen, porque la huelga es un derecho de carácter individual, aunque de ejercicio colectivo, lo que compagina mal con que pueda imponerse por criterios puramente mayoritarios²⁹. En todo caso, lo que nunca debió producirse es la *prohibición expresa a algunos letrados judiciales de participar en las votaciones* con el argumento de que no habían hecho huelga. Hubo mucho

²⁹ FJ 15 de la STC 11/1981 de 8 de abril.

talibán en la huelga. Hasta el punto de considerarla como una cosa en exclusiva suya; como si solo les perteneciera a ellos, los puros que la hicieron todos y cada uno de los 43 días que duró, sin faltar uno solo.

La radicalidad suele obnubilar el pensamiento, quizá fuese esa la razón que les impidió ver que, *la propia existencia de la huelga, su mantenimiento o desconvocatoria, era una realidad que afectaba a todos y cada uno de los integrantes del colectivo, legitimados por el hecho de serlo para participar en unas votaciones* que, como acabo de señalar, solo contribuyeron al enfrentamiento y fabricar una coartada a los convocantes.

No vamos a entrar en cuantificar el número de esos tres grupos. Tampoco voy a detenerme en el fenómeno del esquirolaje y sus variantes externas e internas, ahora también tecnológico. Hay buena bibliografía sobre esta materia a la que poco puedo aportar³⁰.

2.2.3 Un conflicto moral entre letrados judiciales

Creo de mayor interés **analizar la división y los enfrentamientos** que, entre esos grupos, se produjeron a cuenta de la justificación de cada uno para estar en ese grupo o no; para dar *carlés de legitimación* y permitir votar o no –como acabo de señalar– a unos y otros, en una situación tan especial como la que analizamos: la huelga indefinida de letrados judiciales del primer trimestre del 2023.

Lo que nos lleva, de hoz y coz, a un conflicto moral. Es algo gruesa la expresión, pero no puede calificarse de otra forma el enfrentamiento entre los que dicen hacer la huelga todos los días, sin faltar solo uno y el resto. Los líderes de ese primer grupo se atribuyeron la posición moral correcta o buena. Solo los que adoptaron la decisión buena o correcta como pauta de conducta del buen letrado judicial, es decir hacer la huelga indefinida, estaban actuando conforme a los valores correctos del colectivo y realizando el juicio moral correcto en la disputa de dichos valores: **1) valor bueno/positivo**, enfrentarse al Ministerio de Justicia paralizando la actividad judicial por completo para conseguir unas reivindicaciones laborales que, al final se redujeron a una subida de sueldo; o **2) valor malo/negativo**, no hacerlo como los demás, es decir, no hacer todos los días huelga, pero aprovechándose luego de la subida de sueldo conseguida.

³⁰ En especial “El Derecho de Huelga: un derecho fundamental acorralado”; Lección inaugural del curso académico 2017/2018 en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla; dictada por Santiago González Ortega, Catedrático de Dº del Trabajo y de la SS. Otras: Vivero Serrano, J. B. “La terminación de la huelga”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. Talens Visconti, E.E., “Esquirolaje tecnológico: Interrogantes abiertos”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 6, 5/2013.

Ese es, en esencia, el dilema moral³¹ con el que algunos/muchos pretendieron enfrentar al colectivo de letrados judiciales. Además, lo hicieron –y hacen– desde una especie de atalaya moral, en la que se encuentran y a la que solo pueden acceder –pues otorgan los carnés de legitimidades ya mencionados– los que resuelven el conflicto planteado a favor del valor bueno. Estar en la posición moral correcta, además, es condición *sine qua non* para poder participar en los debates sobre la conveniencia o no de la huelga y sobre los resultados obtenidos.

Es evidente la falsedad del dilema moral impuesto y descrito. Los elementos y factores que se pusieron en juego con la huelga indefinida de los letrados de la Administración de Justicia fueron muchos y muy variados como para ser reducidos a esas dos únicas alternativas y valorarlas de tal manera. Nos encontramos, en realidad, ante un *polilema*; es decir una disyuntiva en la que el número de proposiciones –entre las que optar– son muy numerosas. Con **la huelga indefinida se pusieron sobre la mesa diversos asuntos**. Muchos de ellos –entendiendo–, de mayor importancia que la propia subida salarial. A mi juicio afloraron los siguientes:

a) Las funciones y competencias de los letrados judiciales de manera que se pusieron en cuestión asuntos de la relevancia de la fe pública judicial.

b) El papel de las asociaciones de letrados judiciales como instrumentos de organización/canalización, gestión y producción de las aspiraciones del presente y futuro del colectivo.

c) La estrategia, preparación y oportunidad de una huelga indefinida en el momento y en la forma que se gestó y llevó a cabo.

d) La legitimidad y conveniencia de una huelga indefinida –no parcial o de días sueltos como había sido siempre– que paralizó el servicio público de la Justicia, más allá de los servicios mínimos, como instrumento adecuado para conseguir mejoras salariales; con los efectos devastadores sobre los derechos de los ciudadanos y el coste reputacional que para el colectivo suponía la misma.

Todo ello al margen, claro está, de las condiciones personales y familiares de muchos compañeros que empujaban con distinta intensidad –no es necesario pormenorizar la escala de esfuerzo que se le exige a un letrado judicial sin familia, frente a otro con una familia de cuatro miembros y un solo sueldo; o la que se le exige a un letrado judicial recién entrado en la carrera y un letrado judicial con 10 trienios y destinado en un Juzgado de Instrucción de partido judicial con más de 13 juzgados de Instrucción– a hacer huelga o no hacerla, o hacerla solo algunos días, por ejemplo los de señalamientos.

³¹ O silogismo disyuntivo, en el cual se afirma como bueno uno solo de los miembros de la disyunción, frente a la proposición disyuntiva en la que habría dos opciones o filos en los que ambos son afirmados. FERRATER MORA, J. Diccionario de Filosofía. 6ª Edición. Ed. Círculo de Lectores 1991, p. 819.

Estos factores dinamitaron el pretendido dilema moral sobre la huelga indefinida. A los letrados judiciales no se nos planteó una decisión en la que hubiera un conflicto entre una proposición buena/moral –hacer huelga indefinida para conseguir una subida salarial– y otra mala/inmoral –no hacerla y aprovecharse de lo conseguido por los huelguistas–. En cada platillo de la balanza de la decisión a tomar, se amontonaban otros vectores –muchos de mayor relevancia– que hacían imposible decidir con el equilibrio que tal situación exige, pues en realidad *la elección no era binaria*.

Se apuró la copa de la imposibilidad cuando a lo largo del conflicto, las Asociaciones Profesionales, el Comité de Huelga y una parte relevante de los activistas de redes, fueron echando por la borda todas y cada una de las causas que motivaron la huelga –y por la que se movilizó el colectivo–; hasta olvidarlas por completo, como luego veremos.

Los valores de bueno/moral o malo/inmoral para determinar la conducta a elegir, *no podían aplicarse en bloque al conjunto de los distintos objetivos y consecuencias que se pusieron en danza con la huelga indefinida*. En mi caso, por ejemplo, si la huelga tenía como coste/consecuencia que se cuestionara nuestra participación en los juicios ejerciendo la fe pública judicial, o nuestras funciones procesales, la conducta “*moralmente buena*” a seguir se encontraba en el lugar de los que se oponían a una huelga indefinida, cuyo objetivo único mutó a la consecución de una subida salarial. Por no entrar en la ponderación de otros factores en liza –ya apuntados– como la legitimidad de las huelgas indefinidas en los servicios públicos.

Por último, recodar la importancia de la naturaleza jurídica de la huelga como derecho individual de ejercicio colectivo. Esta configuración tiene muchas consecuencias. Una de ellas, que se enarbola con frecuencia por los huelguistas con irritación, es la de que los **logros** que se consigan con la huelga *se reparten* entre todo el colectivo, también los de los que no la han hecho. Pero esa realidad tiene un **reverso** que suele pasar desapercibido. La huelga, por su naturaleza colectiva, genera unos **costos** –ya señalados con anterioridad, al margen del descuento salarial– que *se reparten*, de igual forma que los logros, entre todos los miembros del colectivo –huelguistas y no huelguistas–. Esta realidad justifica, en gran medida, el que puedan compensarse los unos con los otros. Además, impide que a los no huelguistas se les pueda reprochar con justicia plena, el que participen de los logros sin hacer la huelga, cuando a la vez no se les exime de los costos producidos por una huelga no secundada por ellos.

La complejidad –también moral, según hemos dicho– del proceso huelguístico descrito, produjo y produce fracturas en el colectivo de fedatarios públicos que tardarán en superarse. Mucho más, tras la forma en que terminó la huelga y de lo conseguido con ella, como veremos después. En todo caso, no es posible sostener –sin caer en el simplismo más ramplón– posiciones de buenos o

malos, subidos a atalayas morales que se trocan, con suma facilidad, en búnkeres fanatizados –tan comunes en redes– de conmigo o contra mí.

2.2.4. Condiciones laborales

Recordemos que las huelgas, aunque se autocalifiquen de indefinidas su naturaleza es la temporalidad. Son una excepción en la normalidad de la relación laboral, que se caracteriza por hacer su trabajo el empleado y por pagar el sueldo el empleador. La forma de terminar las mismas es triple. Por *desistimiento* de los huelguistas, sin conseguir sus reivindicaciones. Por *arbitraje obligatorio*, artículo 10.1 RDLRT y *por pacto o acuerdo* que ponga fin a la huelga, que tendrá la misma eficacia que lo acordado en Convenio Colectivo, artículo 8.2 RDLRT.

La tercera opción, el pacto, fue el desenlace de la huelga indefinida de los letrados de la Administración de Justicia, con la firma de un **acuerdo** entre el Comité de Huelga y la Administración del Estado, representada por la Secretaria de Estado de Función Pública –como muestra inequívoca de la radical inoperancia del Secretario de Estado del Ministerio de Justicia inhabilitado, de por vida, para cualquier contacto o reunión con los letrados de la Administración de Justicia–. Ese acuerdo tiene un contenido que se recoge en un documento integrado por 8 páginas. Las 4 primeras están, íntegramente dedicadas a recoger de distintas formas, *“la necesidad de la implicación y apoyo leal del Cuerpo de letrados de la Administración de Justicia, como directores de las oficinas judiciales, sus servicios y las futuras unidades de tramitación, en la implantación de las modificaciones derivadas de las leyes de eficiencia... [En consecuencia], los letrados de la Administración de Justicia deben asumir una centralidad transversal en los distintos proyectos de eficiencia, y muy particularmente en la implantación de los tribunales de instancia, que debe quedar reflejada en la cuantía de su complemento específico.*

Por ello, se acuerda el incremento de la cuota mensual del mismo- devengable en doce mensualidades-“.

Los 4 folios siguientes se dedican a detallar:

1º Como se producirá ese incremento salarial.

2º Los **grupos de trabajo** que deberán crearse en el plazo máximo de tres meses para concretar:

a) Como se articulará la audiencia de las asociaciones de letrados judiciales en cuestiones retributivas, estatutarias, de organización de la oficina judicial o modificaciones legales que afecten al servicio de aquéllos. Es decir, desarrollar el artículo 444.2 d) de la LOPJ, formulado en su actual redacción en julio del 2015. Hace más de 7 años que está pendiente.

b) Las vías de colaboración de los letrados judiciales en la implantación de las leyes de eficiencia, como impulsores destacados de tales reformas.

c) Las reformas normativas, legales y reglamentarias, que resulten adecuadas para complementar y apoyar las leyes de eficiencia y las relaciones de puestos de trabajo.

d) Y otra serie de asuntos como el sistema de retribuciones variables, objetivos del colectivo, formación y estatuto orgánico con eliminación de la “cuarta categoría” o convocatoria de concursos de traslado y oposiciones periódicas y previsibles.

3º El compromiso del Ministerio de Justicia a impulsar un decreto que regule las sustituciones en los mismos términos ya acordados en el RD 101/2019, anulado por el Tribunal Supremo.

4º El compromiso de las asociaciones de letrados firmantes a *retirar los recursos interpuesto*, frente al acuerdo sindical de 15/12/2021, por el que se consagraba la subida salarial de todos los funcionarios judiciales, incluyendo como tal la adecuación salarial de los letrados judiciales ordenada por Disposición Adicional 154 de la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado. Así como frente a la Instrucción 1/2023 del Secretario General de la Administración de Justicia (SGAJ) por la se establecía un régimen draconiano para el disfrute de permisos durante las jornadas de huelga del colectivo de letrados judiciales, en esencia la no autorización de vacaciones o asuntos particulares durante la huelga, salvo circunstancias excepcionales.

Por último, hay una adenda en la que el comité de huelga y el SGAJ, al que —por fin— se le da entrada en el acuerdo, se compromete a cumplir los compromisos contenidos en el pacto.

2.2.5 Naturaleza jurídica y consecuencias de los acuerdos

En relación a la naturaleza jurídica de los acuerdos refrendados por el empleador y el comité de huelga por los que se pone fin la huelga; así como a los efectos que tales acuerdos produce, hay numerosa jurisprudencia y bibliografía³². Acudiendo a ambas podemos **sintetizar** lo siguiente:

1. Con el acuerdo firmado por el comité de huelga en representación de todas las asociaciones convocantes, los letrados judiciales –individuales titulares del derecho de huelga–, cesaron de tener la cobertura del interés colectivo para ampararles en la persistencia individual del conflicto, con lo que su permanencia en la misma sería, desde ese momento, ilegal y sancionable. En consecuencia, firmado el acuerdo *los letrados judiciales del Estado español o dejaban de hacer huelga o podían ser expedientados*.

³² STS 3870/2022 de 11 de octubre, por poner un ejemplo donde se recoge un buen elenco de jurisprudencia sobre el carácter normativo y contractual del pacto que pone fin a la huelga.

- J. M. Sánchez-Cervera Valdés, Los acuerdos fin de huelga. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002; y Carlos Molero Manglano, Manual de derecho del Trabajo, 15ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 1125.

2. Con relación a su contenido, las contraprestaciones del empleador y de los empleados son las libremente pactadas por ellos. También existe libertad entre las partes, respecto de las condiciones y requisitos que puedan determinarse, en relación con tales contraprestaciones mutuas. En el caso de la huelga indefinida de letrados judiciales, por parte del Ministerio de Justicia fueron, en esencia dos: *subida salarial* y compromiso a *impulsar determinados grupos de trabajo* para materias de interés de la Justicia y sus letrados. Por parte de los letrados judiciales: *desconvocar la huelga, ser pieza transversal y esencial en las reformas que se introdujeran con las leyes de eficiencia y retirar dos recursos que se habían interpuesto*.

3. Con relación a la naturaleza y eficacia del acuerdo, no puede determinarse a priori de la letra del artículo 8.2 DLRT. Habrá que analizar, **caso por caso y en cada acuerdo concreto**, quiénes son *los sujetos firmantes, el contenido específico y los trámites formales seguidos*; y, en función del cumplimiento o no de todos los requisitos que el Título III Estatuto de los Trabajadores exige para la naturaleza estatutaria, determinar su verdadera y última naturaleza.

En principio el acuerdo será extraestatutario pues para su validez no es necesario el cumplimiento de todos los requisitos objetivos, subjetivos y procedimentales del citado Título III; pero no es descartable que el acuerdo se alcance por sujetos con capacidad y legitimación estatutaria, incorpore contenidos normativos, se concluya por escrito, sea registrado, depositado y publicado en el Boletín Oficial correspondiente. En tal caso el acuerdo se convertirá en verdadero convenio de eficacia normativa y general, en definitiva, acuerdo de naturaleza estatutaria. Así se ha declarado por nuestra jurisprudencia (Por todas, SSTs de 28 de junio de 1994 o 9 de marzo de 1998, y STSJ Canarias, 12 de diciembre de 2005 y 31 de marzo de 2006). En este sentido, alcanzada naturaleza estatutaria, será de aplicación a todos los trabajadores afectados, incluidos los de empresas multiservicios que estuvieran subcontratadas en la principal, firmante del acuerdo (STSJ Castilla-La Mancha, 27 de octubre de 2005). En todo caso, el incumplimiento de los requisitos procedimentales para alcanzar tal naturaleza no vulnera el derecho de huelga (STS de 19 de abril de 2004)³³.

Es muy relevante determinar la naturaleza jurídica del acuerdo. Pues, teniendo en cuenta lo establecido en la STS 370/2017, de 27 de abril, que sea extraestatutario o no –es decir que tenga las formalidades necesarias del convenio colectivo– **determinará su eficacia**. Si lo es, es decir si tuviera los requisitos formales y procedimentales exigidos en el Título III del Estatuto de los

³³ Manual de Derecho del Trabajo, de Ana Matorras Díaz Caneja, Carlos Molero Manglano, María José López Álvarez, José Manuel Sánchez-Cervera Valdés, Editorial Tirant. Edición 2017. p. 1128.

Trabajadores, su eficacia sería *erga omnes*. En caso contrario, si careciera de tales requisitos, estaríamos en presencia de un acuerdo de los que *poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias, que se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación (art. 1257 del Código Civil), a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan, con la consecuencia de que la lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales*». STC, 121/2001.

En el caso del pacto firmado el 28 de marzo del 2023 por la Secretaria de Estado de Función Pública y el Comité de Huelga de los letrados judiciales no es posible aplicarle, de forma literal, la distinción entre estatutario y extraestatutario que utiliza la jurisprudencia señalada, pues el Título III del Estatuto de los Trabajadores sobre la negociación y convenios colectivos, no le resulta de aplicación directa, a la relación funcional y laboral de aquéllos, que se rige por su propia normativa: LOPJ, Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, EBEP, Disposición Final tercera de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, y en los Reales Decretos 1130/2003, de 5 de septiembre y 2033/2009, de 30 de diciembre.

No obstante, *mutatis mutandi*, es decir cambiando el Título III del Estatuto de los Trabajadores por la normativa señalada, podemos utilizar las categorías de estatutario o extraestatutario para hacer taxonomía con el pacto referido de 28 de marzo. En esa clasificación, es claro su *carácter extraestatutario*, pues *no se cumplieron todos los requisitos objetivos, subjetivos y procedimentales* previstos para la determinación de las condiciones laborales de los letrados judiciales en relación a su sueldo y las obligaciones profesionales de los mismos, conforme a lo establecido en el artículo 519 LOPJ, en la Disposición Final tercera de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, y en los Reales Decretos 1130/2003, de 5 de septiembre y 2033/2009, de 30 de diciembre.

La atribución de este carácter extraestatutario tiene consecuencias importantes. Conforme a la STS, Sala 4ª, 4711/2007, FJ Quinto, al voto particular de la STS, Sala 4ª, 2004/2017, FJ Quinto 3 -que es el que analiza los efectos de los acuerdos extraestatutarios-, y a la STS, Sala 4ª 4125/21 “...al tener eficacia de convenio extraestatutario los pactos de fin de huelga tienen *naturaleza y eficacia contractual, quedando limitada su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso, a quienes se adhieran e ellos, rigiéndose su regulación, en esencia, por la normativa civil de obligaciones, siendo su valor obligacional, no normativo, si bien se trata de un contrato colectivo*”.

Es decir, que el acuerdo *no podrá ser modificado por la voluntad unilateral de una de las partes, ni tampoco por terceros sin el consentimiento de*

aquellas partes. Hacerlo supondría vulnerar la normativa reguladora de los contratos e, incluso, el propio derecho de huelga de una de las partes y su libertad sindical plasmada en tales acuerdos que al modificarlos –sin su consentimiento–, los *vaciaría de contenido*.

Pero, por otro lado, nos dice la STS 4125/21, Sala 4ª que: “Es claro que un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir los derechos fundamentales, ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de *modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales*”.

Con este andamiaje normativo y jurisprudencial **el pacto de 28 de marzo se encuentra asediado** desde dos poderosos frentes.

a) Por parte del Gobierno de la Nación firmante, en la medida que sacó adelante un acuerdo con los letrados judiciales en el que la Administración del Estado se comprometía a subirles el sueldo. Pero este compromiso negocial, se hizo a cambio de una *contraprestación de éstos*: “*asumir una centralidad transversal en los distintos proyectos de eficiencia, y muy particularmente en la implantación de los tribunales de instancia, que debe quedar reflejada en la cuantía de su complemento específico*”. El propio pacto recoge que la subida salarial se realizará con “*independencia de la fecha de aprobación de las leyes de eficiencia haciéndose efectiva en mes de junio o julio de 2023*”. Es decir, **no condiciona la subida a la fecha en que se aprueben las leyes de eficiencia** –hubo que hacérselo ver al Comité de Huelga de prisa y corriendo en las pocas horas que nos dejaron para ello–... pero **sí que se anuda/condiciona la subida a la existencia de las propias leyes de eficiencia**.

Una vez que las leyes de eficiencia no pasaron de ser un proyecto y el Gobierno que las impulsó sustituido por el que salga de las elecciones de julio del 2023, es evidente que la contraprestación de los letrados judiciales –ser centralidad de algo que no existe ni podrá existir en los términos en que se concibió– no podrá cumplirse, aunque sea por causas ajenas a los letrados judiciales. Nos encontramos ante una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias en que se negocia el pacto... y eso nos conduce a la doctrina del *rebus sic stantibus* que, por muy excepcional que sea para nuestro Tribunal Supremo, nos abre el campo de los Tribunales para resolver una controversia que pudiera ser bien extensa en el tiempo y de muy incierta resolución.

b) Por parte de los funcionarios judiciales y sus sindicatos generalistas. De hecho, la Audiencia Nacional ha admitido a trámite el recurso que presentaron los funcionarios del Sindicato de los Trabajadores de la Administración de Justicia –STAJ–, contra el acuerdo de 28 de marzo.

Argumentan que se ha visto vulnerado su derecho a la negociación colectiva. La naturaleza extraestatutaria del pacto hace que la fortaleza que le atribuye el artículo 8.2 del RDL 17/1977 –de tener la eficacia de un Convenio Colectivo–, *pueda resquebrajarse con las rampas que levantan la regulación actual de la negociación colectiva y la libertad sindical de las organizaciones sindicales más representativas*, mencionadas en el punto 1.3.1.

3. Viaje a ninguna parte

En la novela y película del gran Fernando Fernán Gómez “El viaje a ninguna parte”, una pequeña troupe de cómicos recorre los caminos y pueblos españoles, entreteniendo a sus habitantes a cambio de un pobre sustento. En ese viaje, el escenario –la sociedad de la postguerra de los años 50 – cambia de forma radical; hasta el punto de que el veterano jefe del grupo y su círculo más próximo, no son conscientes de la decadencia de su mundo y profesión, que desaparece/se transforma en favor de otros espectáculos emergentes. Un viaje que les conducirá a una situación más desfavorable que cuando lo iniciaron, *un viaje a ninguna parte pues no tiene lugar donde arribar*, los pequeños grupos de cómicos de fortuna o de la legua ya no tienen cabida en la nueva realidad social.

Las movilizaciones huelguísticas y profesionales llevadas a cabo por los letrados judiciales en el presente año tienen mucho de ese viaje a ninguna parte. Veamos por qué.

1. Los letrados judiciales iniciaron una huelga en enero del 2023 con unas reivindicaciones muy claras: el cumplimiento de los acuerdos obtenidos tras las reuniones y negociaciones celebradas desde el 10/2/22. Los más relevantes fueron los siguientes. **Grupos de población:** Reforma de los decretos de retribución del cuerpo de letrados judiciales, asimilando los complementos a los grupos de población establecidos para los Médicos Forenses (Grupo A1 de la administración general igual que los LAJ) en el R.D. 1033/2017, reduciendo los 5 grupos actuales a 3 y estableciendo el mismo coeficiente previsto para la determinación del complemento general de puesto, eliminando así una clara discriminación que sufre nuestro cuerpo. **Cláusula de enganche:** El Ministerio de Justicia se comprometió a incluir en la Ley de Eficiencia Organizativa –cuyo destino actual es más que incierto–, una enmienda que estableciera una cláusula DE ENGANCHE de la retribución de los letrados judiciales a la de los jueces. **Nuevo Reglamento Orgánico:** borrador que ya está hecho, después de intenso trabajo de las propias asociaciones con los responsables del Ministerio y que incomprensiblemente no ha visto la luz. El contenido completo de las mismas puede consultarse en este enlace³⁴.

³⁴ <https://letradosdejjusticia.es/6-razones-entre-otras-para-ir-a-la-huelga/>

La **comparación** de tales reivindicaciones/causas de la huelga con lo conseguido en el pacto firmado por el Comité de Huelga y la Secretaria de Estado de Función Pública en representación de la Administración del Estado el 28 de marzo de 2023 es muy sencilla: no hay ningún punto de tales reivindicaciones que aparezca en el pacto, **ninguno**.

2. Después de la subida salarial pactada por los letrados judiciales se iniciaron las movilizaciones de jueces para exigir del Ministerio de Justicia igual trato. Con la excepción de la Asociación Profesional de la Magistratura, el resto de las asociaciones judiciales y fiscales –sus emolumentos se rigen por la misma Ley 15/2003–, firmaron un pacto con el Ministerio –en esta ocasión sí que lo rubricó el Secretario de Estado de Justicia, junto con la de Función Pública– en virtud del cual se les subiría el sueldo en algo más de lo que se había pactado con los letrados judiciales -430 frente a 450 euros-. Lo consiguieron sin ninguno de los efectos descritos en el apartado 2.2 *ut supra*. Les bastó anunciar una posible huelga y, tras cinco reuniones, firmaron su subida salarial.

3. Los funcionarios judiciales de los grupos generales tardaron menos de dos días en salir a escena y en menos de un mes, el 17 de abril del 2023, convocaron huelga pidiendo: 1º, participar en la negociación de las Leyes de Eficiencia y 2º, una subida salarial acorde a la de los letrados judiciales. La convocatoria de las elecciones generales del 23 de julio del 2023, cortó en seco cualquier posibilidad de negociación con un Gobierno en funciones, por lo que se desconvocó la huelga unos días antes de iniciarse la campaña electoral.

4. La desconvocatoria de la huelga de funcionarios antes de la campaña electoral no fue gratuita. El Ministerio de Justicia hizo desaparecer del Consejo de Ministros cualquier norma que pudiera materializar las subidas salariales de los letrados judiciales y también de los jueces y fiscales –aunque para ellos los plazos pactados permiten que puedan cumplirse–.

5. Tras un par de años de movilizaciones y unos meses de huelgas, la situación laboral y salarial de todos los que trabajamos en los Juzgados y Tribunales españoles es la misma, caso de los jueces y fiscales, o ***francamente peor***. A los letrados judiciales y a los funcionarios de los cuerpos generales, las huelgas han supuesto una disminución de sus salarios de muchos euros, no compensada por subida alguna o mejora en sus condiciones estatutarias.

6. Los Juzgados y Tribunales españoles están muy cerca del colapso, con cientos de miles de asuntos esperando la vuelta a la normalidad.

7. Jueces y fiscales, letrados de la Administración de Justicia y funcionarios judiciales, están divididos, desmotivados, muy cerca del síndrome del trabajador quemado –*burnout laboral*–.

8. Los operadores jurídicos se encuentran al borde de la desesperación, cuestionando la utilidad de los órganos judiciales y de algunas sus funciones en manos públicas.

9. Los ciudadanos asisten perplejos al espectáculo que se les ofrece, a la par que les priva de un servicio público esencial para mantener la cohesión social y garantizar sus derechos fundamentales.

10. Nada de lo acontecido se ha visto reflejado en la campaña electoral reciente y, mucho menos, aparece como urgente –la búsqueda de soluciones– en la agenda política de los dos bloques que tienen opción para formar Gobierno.

Esta es la realidad que tenemos todos los operadores jurídicos en el segundo semestre del año 2023. Una realidad peor que la que existía al iniciar el viaje de la huelga de letrados judiciales³⁵, un viaje que ha conducido a ninguna parte.

4. Consideración final

Debemos concluir que, cualquier viaje que deba emprenderse en la Justicia española en los próximos años, exige que el colectivo de letrados de la Administración de Justicia cuente con **un marco normativo apropiado para permitirle ser actor relevante en las negociaciones de sus funciones y condiciones laborales**. Cuando una pieza esencial –clave de bóveda del edificio judicial– no se siente cómodo en el complicado escenario de los Juzgados y Tribunales, sino maltratado por todos, la consecuencia es inequívoca: conflictos disolventes y parálisis.

Sostenía Ortega y Gasset a propósito del complejo problema territorial español y los catalanes que: *“el problema catalán, como todos los parejos a él, que han existido y existen en otras naciones, es un problema que no se puede resolver, que sólo se puede **conllevar**, y al decir esto, conste que signífico con ello, no sólo que los demás españoles tenemos que conllevarnos con los catalanes, sino que los catalanes también tienen que conllevarse con los demás españoles”*³⁶. Los letrados judiciales no debemos ni podemos convertirnos en el problema catalán de la Justicia española, ni resignarnos a conllevarnos con el resto de los operadores jurídicos. Debemos encontrar o tener nuestro espacio propio –por otra parte, secular– en los Juzgados y Tribunales que expresan el Poder Judicial.

Es algo que debe ser asumido por el Ministerio de Justicia, pero también por las asociaciones profesionales de letrados judiciales –las actuales y las en ciernes–, el objetivo no es una simple subida salarial, eso fue la muleta del mayor engaño visto en los últimos 30 años en los Juzgados y Tribunales españoles.

³⁵ En este sentido ver el artículo “Debe y haber en la Justicia Española”, Martínez Guerrero, A. <https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/debe-y-haber-en-la-justicia-espanola/>

³⁶ Ortega y Gasset, Obras Completas 1932-1940, Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón; Discurso ante las Cortes Generales de la II República, el 13 de mayo de 1932, pp. 54 y ss.

Aviso. La cita de Ortega y Gasset se realiza con toda intención. La configuración del nuevo Gobierno, en el que tendrán una posición muy relevante los partidos nacionalistas catalanes y vascos, rescatará una de las viejas aspiraciones de ambos: la transferencia de los letrados de la Administración de Justicia a las Comunidades Autónomas. Siempre fui un acérrimo defensor de la imposibilidad jurídico constitucional de tal cosa. Pero en la situación en que se encuentra nuestra profesión y en el marco político descrito, mi estado se asemeja –mucho más– al del gato de Schrödinger.

5. Bibliografía

APARICIO TOVAR, J. «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en AA. VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

ARENILLA SÁEZ, M., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Madrid: La Ley, 1993.

BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986.

BOURDIEU, PIERRE. *Campo del poder y reproducción social. Elementos para un análisis de la dinámica de las clases sociales*. Córdoba: Ferreyra Editor. 2006.

FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía*. 6ª Edición. Ed. Círculo de Lectores. 1991.

GARCÍA MORILLO, J. «Los derechos de reunión y asociación», en la obra colectiva *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

GONZALEZ ORTEGA, S. «El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado». Lección inaugural del curso académico 2017/2018 en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

MARTINEZ GUERRERO, A. *Revista Acta Judicial* nº 7, enero-junio 2021, pp. 72-124 ISSN 2603-7173, El carácter judicial de los letrados de la administración de justicia. “Debe y haber en la Justicia Española, A. Economist&Jurist, 3 de junio del 2023.

MATORRAS DIAZ CANEJA, A; MOLERO MANGLANO, C; LOPEZ ALVAREZ, M.J.; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Ed 2017.

MOLERO MANGLANO, C. *Manual de Derecho del Trabajo*, 15ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>.

OJEDA AVILÉS A. «Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», en Jueces para la Democracia N.º 16-17, 1992.

ORTEGA Y GASSET, J. Obras Completas, Tomo V. 1932-1940, Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón.

RIVERO LAMAS, J., «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 6-7, 1995.

ROQUETA BUJ, R. Derecho del Empleo Público. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2022.

SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M. “Los acuerdos fin de huelga”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002.

SANTOS PASTOR, Pastor, Análisis económico de la justicia y reforma judicial. Valencia; Tirant lo Blanch. 2016.

TALENS VISCONTI, E.E. “Esquirolaje tecnológico: Interrogantes abiertos”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 6, 5/2013.

TOMAS Y VALIENTE, F. Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en Constitución: Escritos de introducción histórica, Madrid.

VIVERO SERRANO J.B. “La terminación de la huelga”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.

Nota 22

1508 MUGEJU	Dif.02/2023		0,84-
1001 Sueldo	Dif.03/2023	266,73-	
1002 Trienios	Dif.03/2023	123,90-	
1020 Complemento de destino	Dif.03/2023	288,75-	
1024 Compl.Específico Transi	Dif.03/2023	33,37-	
DIAS DESCONTADOS DE HUELGA EN ESTA NOMINA:			
08.03.2023			
09.03.2023			
21.03.2023			
22.03.2023			

LA DESVIRTUACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD REALIZADA POR LOS ALTOS TRIBUNALES ESPAÑÓLES DURANTE LA PANDEMIA COVID19

**The distortion of the proportionality assessment conducted by the
Spanish High Courts during the COVID19 pandemic**

Por Ricardo Ignacio Bachmann Fuentes

Profesor Ayudante Doctor Departamento de Derecho Administrativo Universidad de Granada
ribachmann@ugr.es

Artículo recibido: 15/05/23 | Artículo aceptado: 20/07/23

RESUMEN

El presente artículo analiza las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictadas durante la crisis sanitaria del COVID-19 que recayeron sobre leyes y reglamentos mediante los cuales se impusieron medidas restrictivas de derechos individuales y libertades públicas, a la luz de la doctrina que propone el examen de proporcionalidad. La principal conclusión que se obtiene en esta investigación es, que la aplicación que realizan estos Altos Tribunales del examen de proporcionalidad es una desvirtuación del planteamiento doctrinal, así como del principio de proporcionalidad en sí, que tiene como objeto velar por el equilibrio entre derechos fundamentales y los poderes públicos, por lo que se habrían autorizado -parcial o totalmente- medidas incongruentes y desproporcionadas.

ABSTRACT

The present paper analyzes the judgments of the Constitutional Court and the Supreme Court issued during the COVID-19 health crisis that involved laws and regulations imposing restrictive measures on individual rights and public freedoms, considering the doctrine advocating for the proportionality test. The main conclusion reached in this research is that the application of the proportionality test by these High Courts represents a distortion of the doctrinal approach, as well as the principle of proportionality itself, which aims to safeguard the balance between fundamental rights and public authorities. As a result, incongruous and disproportionate measures were partially or fully authorized.

PALABRAS CLAVE

Examen de proporcionalidad, pandemia COVID-19, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, medidas sanitarias, restricción de derechos fundamentales

KEYWORDS

Proportionality test, COVID-19 pandemic, Constitutional Court, Supreme Court, health measures, restriction of fundamental rights

Sumario: 1. La crisis sanitaria por COVID-19. 2. Estado de excepción, Derechos y libertades fundamentales. 3. Subsunción y ponderación. 4. Debate en torno a la ponderación. 5. La prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia española y comparada. 5.1. Estados Unidos 5.2. Alemania 5.3. Francia 5.4. Reino Unido 6. Sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo 6.1. STC 148/2021, de 14 de julio 6.2. STC 183/2021 de 27 de octubre 6.3. STS Nº 1103/2021, de 18 de agosto 6.4. STS Nº 1112/2021, de 14 de septiembre 6.5. STS 1412/2021, de 1 de diciembre 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. La crisis sanitaria por COVID-19

En marzo de 2020, el gobierno español declaró el estado de alarma, que es una modalidad específica de estado de emergencia contemplada en la Constitución Española (en adelante, CE) y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, con el objetivo de frenar la propagación del virus. Esta medida implicó confinamientos, restricciones de la movilidad de los ciudadanos, el cierre de empresas y establecimientos considerados no esenciales y la implementación de medidas sanitarias, entre otras acciones. Durante esta declaración, se produjo un debate acerca de cómo equilibrar las restricciones necesarias para contener la pandemia con la preservación de los derechos individuales y las libertades públicas¹.

En el brote inicial de la pandemia en 2020, también denominada primera ola, España fue uno de los países europeos más afectados y por ello el gobierno tomó estas severas medidas para contener la propagación del COVID-19. Una de ellas fue el confinamiento estricto, que se implementó el 14 de marzo de 2020 y duró hasta junio de 2020. La movilidad de los ciudadanos se vio fuertemente

¹ España. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400.

restringida, tanto que algunos juristas consideraron esta medida como “ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles”².

La polémica en torno al confinamiento en España involucró principalmente los siguientes aspectos:

- Impacto económico y social: El confinamiento tuvo un impacto económico significativo, especialmente en pequeñas empresas y trabajadores autónomos. Muchos argumentaron que las restricciones eran demasiado severas y que se deberían haber implementado medidas de apoyo económico más efectivas³.
- Libertades individuales: Algunas voces críticas argumentaron que las restricciones impuestas durante el confinamiento eran excesivas y violaban las libertades individuales de las personas. Hubo debates sobre si el gobierno tenía el derecho de limitar la movilidad y las actividades de las personas de manera tan drástica⁴.
- Impacto psicológico: El confinamiento prolongado tuvo un impacto psicológico en muchas personas debido al aislamiento social, el miedo al virus y la incertidumbre sobre el futuro. Algunos argumentaron que se debería haber prestado más atención a la salud mental de la población⁵.
- Brotes en residencias de ancianos: Uno de los aspectos más trágicos de la pandemia fue la alta tasa de mortalidad en las residencias de ancianos. Hubo críticas hacia el gobierno por la gestión de esta situación y la protección insuficiente de las personas más vulnerables⁶.
- Desigualdades sociales: La pandemia puso de manifiesto las desigualdades sociales existentes en España, con impactos desproporcionados en

² ARAGÓN REYES, M. “Hay que tomarse la Constitución en serio”. Publicado en el diario El País el 10 de abril de 2020. Recurso electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

³ HIDALGO PÉREZ, M. “El impacto económico del COVID-19 en España”. ICE, Revista de Economía, 2021 N° 923, pp. 91-103.

⁴ ARAGÓN REYES, M. Cita 2.

⁵ SANDÍN, B; VALIENTE, R.M; GARCÍA ESCALERA, J; CHOROT, P. “Impacto psicológico de la pandemia de COVID-19: Efectos negativos y positivos en población española asociados al periodo de confinamiento nacional”. Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, 2020, Vol. 25, (1), pp. 1-22.

⁶ GALLEGO BERCIANO, P. “Estudio de brotes COVID-19 en residencias de mayores. Informe julio-octubre 2021. Unidad de vigilancia de las infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria”. Centro Nacional de Epidemiología (CNE), Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2021.

comunidades marginadas y desfavorecidas, puesto que se unió a la prevalencia de enfermedades crónicas⁷.

- **Gestión del gobierno:** La forma en que el gobierno español comunicó y gestionó las restricciones también generó controversia. Hubo críticas sobre la falta de claridad en las medidas, la percepción de cambios frecuentes en las directrices y la falta de coordinación entre las diferentes autoridades, así como la elusión a los controles parlamentarios mediante la extensión de 6 meses⁸.

A esto se podría agregar la falta de debates públicos y entrega de información contrastada, toda vez que se hizo oficial el discurso favorable a las políticas restrictivas emitido desde la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la Comisión Europea y otras organizaciones nada democráticas, pero sí muy influyentes, como el Foro Económico Mundial, cerrándose la posibilidad a debates serios en torno a la efectividad de las medidas impuestas. A las voces que se opusieron a estas políticas se les ignoró desde los grandes medios de comunicación, por lo que interesantes opiniones científicas fueron ignoradas, tales como *Great Barrington Declaration* promovida por investigadores de Harvard, Oxford y Stanford, respaldados por medio centenar de prestigiosos académicos de las principales universidades del mundo, en la cual criticaron las medidas de confinamiento o *lockdown* y como alternativa propusieron medidas de protección focalizada⁹.

En efecto, la pandemia presentó desafíos sin precedentes recientes para los ciudadanos y gobiernos en todo el mundo. La aplicación a rajatabla de la máxima ciceroniana *salus populi suprema lex est* justificó estas medidas excepcionales impuestas por los poderes públicos¹⁰. En este contexto, la vacunación se propuso como la herramienta más eficaz para combatir la expansión del virus y proteger la salud pública¹¹.

Con todo, la cuestión sobre una suerte de coacción ejercida sobre los ciudadanos españoles y de otros países para someterse a las políticas sanitarias ha suscitado debates intensos en relación con los derechos individuales y la autoridad gubernamental. La coacción, entendida como la presión o influencia

⁷ BACIGALUPE, A; MARTÍN, U; FRANCO, M; BORRELL, C. “Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España”. Informe SESPAS 2022, Gaceta Sanitaria, 2022, Vol. 36, Supl. 1, pp. S13-S21.

⁸ DELGADO RAMOS, D. “El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional”, Revista Electrónica Iberoamericana, 2022, Vol. 16, Nº 1, pp. 254-265.

⁹ Great Barrington Declaration, publicada el 4 de octubre de 2020, disponible en el siguiente enlace: <https://gbdeclaration.org>

¹⁰ FARRÉS JUSTE, O. “Salus populi suprema lex”. Revista de Bioética y Derecho, 2020, Nº 50, Dossier sobre cuestiones bioéticas de la pandemia COVID-19, pp. 5-17.

¹¹ STOFFELS, P. “Vaccines can win the race against COVID-19 variants. Here’s how”, publicado el 17 de agosto de 2021, en Foro Económico Mundial. Recurso electrónico disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2021/08/vaccines-win-race-against-covid-19-variants/>

ejercida sobre las personas para que tomen decisiones en contra de su voluntad, ha sido una preocupación en el contexto de la vacunación¹². Desde el inicio de la campaña, los gobiernos de los países miembros de la Unión Europea implementaron estrategias para incentivar a la población, incluyendo campañas de concientización con información científica -en principio veraz- y acceso facilitado a las vacunas¹³. Sin embargo, la línea entre el fomento legítimo y la coacción indebida se aprecia difusa y sujeta a interpretación¹⁴.

Por ejemplo, la política que implementó el requerimiento del pasaporte COVID para acceder a ciertos lugares o servicios podría ser considerada coercitiva. Si bien el propósito de estos pasaportes era asegurar lugares y prevenir la propagación del virus, la obligación implícita de vacunarse para participar plenamente en la sociedad podría ser vista como una forma de presión indebida sobre los individuos con preocupaciones legítimas sobre la vacunación¹⁵. Estos pasaportes, también conocidos como certificados COVID o pases sanitarios, se propusieron como una herramienta para la movilidad entre países de la Unión Europea (UE), pero también fueron utilizados para regular el acceso a determinados lugares, eventos y servicios a personas que se habían vacunado, que habían dado negativo en pruebas recientes o se habían recuperado recientemente de la enfermedad¹⁶.

Primeramente, la controversia sobre los pasaportes COVID se centró en cuestiones éticas y de equidad, ya que estos pasaportes podrían generar una discriminación injusta entre los ciudadanos, creando una división entre quienes tenían acceso a la vacuna y los que no, debido a limitaciones médicas y respecto

¹² DARE, T. KINGSBURY, J. "COVID Passports: discrimination, inequality and coercion". En: Steve Matthewman (Ed.) A Research Agenda for COVID-19 and Society, capítulo 8. Editorial Edward Elgar, Londres, 2022.

¹³ BERGER, P. "Proportionality, evidence and the COVID-19 jurisprudence in Germany", European Journal for Security Research, 2022, N° 7, pp. 211-236.

¹⁴ La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) publicó periódicamente informes de farmacovigilancia sobre vacunas COVID-19, en los cuales advirtió de distintos aspectos, siendo los más relevantes, los efectos secundarios de esas inyecciones. A su vez, advirtió acerca del carácter experimental de las inoculaciones y de su cuestionable eficacia. Sin embargo, esta información, hasta la fecha, ha experimentado una escasísima cobertura en los medios de comunicación españoles.

¹⁵ BERGER, P. Cita 13.

¹⁶ Vid. Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, DOUE núm. 211, de 15 de junio de 2021, páginas 1 a 22.

de quienes decidieron no vacunarse por elección personal¹⁷. A su vez, existía el temor de que el acceso diferenciado a ciertos lugares y servicios pudiera socavar los principios de igualdad y no discriminación que son fundamentales en una sociedad democrática¹⁸.

También, la preocupación por la privacidad y la protección de datos es otro aspecto fundamental de la polémica. La implementación de los pasaportes COVID implicaba la recopilación y el procesamiento de datos personales sensibles, como el estado de salud y la información médica. Esto plantea inquietudes legítimas sobre cómo se manejarían y protegerían estos datos, así como la posibilidad de que se utilicen con fines indebidos o se produzcan violaciones de la privacidad¹⁹. La transparencia y la seguridad en la gestión de estos datos eran fundamentales para garantizar la confianza pública en la implementación de estos documentos²⁰.

Asimismo, los desacuerdos en torno a los pasaportes también reflejan diferencias ideológicas sobre el papel del gobierno en la gestión de la pandemia. Hay quienes defendieron la implementación de esta medida como razonable para controlar la propagación del virus y permitir la reanudación segura de actividades económicas y sociales²¹.

En medio de la crisis de salud pública, se argumentaba que las medidas excepcionales eran necesarias para proteger la salud colectiva y evitar un resurgimiento de casos. A este respecto, De la Quadra-Salcedo plantea que el principio basal de estas medidas es el de *alterum non laedere*, que podría traducirse como que nadie tiene derecho a hacer daño a otro²². Compara las situaciones de

¹⁷ PARIS, E. "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates". European Journal of Risk Regulation, 2021, Volume 12, Special Issue 2: Symposium on COVID-19 Certificates and Special Issue on the Global Governance of Alcohol, pp. 287 – 297.

¹⁸ BERGER, P. Cita 13.

¹⁹ ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. "A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad". Revista Vasca de Administración Pública, 2021, N° 119, pp. 209-248.

²⁰ ARENAS RAMIRO, M. "Pasaporte COVID, ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?". La Ley privacidad, 2021, N° 8.

²¹ PONTES VIDAL, J. "Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças?" Cadernos EBAPE.BR, 2020, Vol. 18, N° 4, pp. 924-935.

²² El *alterum non laedere*, es un principio fundamental en derecho que también se aplica en materia de seguridad sanitaria. Este principio establece que todas las personas y entidades tienen la obligación de llevar a cabo sus acciones de manera que no causen daño injustificado a los demás. En el contexto de la seguridad sanitaria, este principio implica que todas las medidas y acciones relacionadas con la protección de la salud pública deben ser adoptadas de manera que se minimice el riesgo de daño a las personas. Por tanto, las autoridades sanitarias están facultadas para tomar medidas preventivas para evitar la propagación de enfermedades, garantizar la calidad y seguridad de los productos y servicios relacionados con la salud, así como proteger a

un conductor ebrio o drogado con una persona que potencialmente podría estar o no contagiada por un virus presuntamente mortal, para así justificar que el Estado restrinja el derecho a circular libremente de uno y otro²³.

Sin embargo, otros entendieron que la implementación de los pasaportes constituía una intromisión excesiva en los derechos individuales y una erosión de las libertades públicas, además de carecer de sentido y de justificación científica²⁴. De hecho, se sostiene que las restricciones impuestas por estos pasaportes podrían establecer un precedente peligroso y duradero para la supervisión gubernamental de la vida personal²⁵.

En efecto, la polémica en torno a los pasaportes COVID en la UE refleja la complejidad de encontrar un equilibrio entre la salud pública, los derechos individuales y las preocupaciones éticas. La implementación de estos pasaportes ha planteado cuestiones fundamentales sobre la igualdad, la privacidad y el alcance de la autoridad gubernamental en situaciones de emergencia. Cualquier medida adoptada que restrinja los derechos fundamentales debe ser proporcionada y debe estar en línea con los valores democráticos que sustentan la sociedad. La discusión en curso sobre este tema resalta la necesidad de un debate público informado y una deliberación cuidadosa para tomar decisiones que reflejen los intereses y las preocupaciones de todos los ciudadanos²⁶.

Del mismo modo, la declaración del estado de alarma también puso de relieve la necesidad de una comunicación clara y transparente por parte de las autoridades. Los ciudadanos deben entender las razones detrás de la declaración y las medidas que se tomen, lo que puede contribuir a generar confianza y cooperación en tiempos de crisis²⁷.

la población de posibles riesgos o peligros. En resumen, el principio *alterum non laedere* en materia de seguridad sanitaria conlleva que las autoridades tienen la obligación de tomar medidas preventivas y proporcionadas para proteger la salud pública y minimizar el riesgo de daño injustificado a las personas. Esto se logra a través de la evaluación de riesgos, la implementación de medidas preventivas, la supervisión y control efectivo, así como la respuesta oportuna ante situaciones de emergencia.

²³ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. "Límite y restricción, no suspensión". Publicado en el Diario El País, con fecha 8 de abril de 2020, documento electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

²⁴ SÁNCHEZ SÁEZ, A. "El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios". En: Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19 (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022, pp. 1-53.

²⁵ PARIS, E. Cita 17.

²⁶ RUIZ RICO, G. "Foro debate. Aspectos jurídicos del estado de alarma y la pandemia COVID 19", Revista de Estudios Jurídicos, 2020, Nº 20, pp. 481-485.

²⁷ ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. Cita 19.

Por ello, el control y la supervisión por parte de los poderes legislativo y judicial son cruciales para garantizar que el ejercicio de la autoridad estatal no se convierta en una vulneración indiscriminada de los derechos individuales. En última instancia, la declaración del estado de emergencia debe ser vista como una herramienta excepcional, utilizada con responsabilidad y en consonancia con los valores democráticos y los derechos humanos que sustentan el orden constitucional de España²⁸. En efecto, el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOEAES) establece que las medidas adoptadas y la duración de estas, se aplicarán de forma proporcionada a las circunstancias. Por todo esto, el objetivo del presente trabajo es, principalmente desde el análisis jurisprudencial, analizar cómo se aplicó el examen de proporcionalidad por los distintos tribunales, a fin de establecer si las restricciones a los derechos fundamentales impuestas durante la crisis sanitaria provocada por el virus SARS-Cov2 se ajustaban a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

2. Estado de excepción, Derechos y libertades fundamentales

La declaración del estado de alarma es un instrumento legal excepcional que permite a un gobierno tomar medidas extraordinarias para hacer frente a situaciones que ponen en peligro la estabilidad y el orden público de un país. En el contexto español, la declaración del estado de alarma ha sido un tema de debate y análisis en términos de su alcance, implementación y equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la protección de los derechos fundamentales, toda vez que el estado de alarma carece de efecto suspensivo alguno sobre derechos y libertades, ya que ha sido concebido como un estado de naturaleza completamente distinta a los de excepción y sitio, pudiendo limitarse el ejercicio de alguno de estos derechos y libertades de una forma muy parecida a la prevista por el derecho ordinario en situaciones excepcionales²⁹.

La Constitución Española de 1978 establece las bases jurídicas para la declaración del estado de alarma en el Título VI, que regula la organización territorial del Estado. Según el artículo 116, la declaración del estado de alarma debe ser aprobada por el Congreso de los Diputados y tiene una duración máxima de quince días, pudiendo ser prorrogado por el mismo período si así lo aprueba el Congreso. Por su parte, el artículo 8 de la LOEAES exige al gobierno las obligaciones de dar cuenta de la declaración del Estado de Alarma, así como

²⁸ DELGADO RAMOS, D. "El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional". Revista Electrónica Iberoamericana, 2022, Vol. 16, N° 1, pp. 254-265

²⁹ HERBÓN COSTAS, J.J. "El mando y gestión del estado de alarma". En: Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional (Biglino, P; Durán, F, coordinadores). Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

de suministrar la información requerida y de dar cuenta de los decretos que dicte en relación con este, al Congreso de los Diputados.

En el periodo conocido como crisis sanitaria COVID 19, se dictaron una treintena de Reales Decretos, Decretos Leyes, Leyes y varias docenas de reglamentos que establecían medidas restrictivas a una amplia gama de derechos y libertades fundamentales tales como: el derecho a la libertad, el derecho de libre circulación, al derecho de reunión y manifestación, a la intimidad y a la protección de datos personales, así como a aquellos derechos que forman parte de la denominada Constitución económica, tales como la propiedad y la libertad empresarial. Todos ellos quedaron sometidos a un objetivo prioritario que era garantizar la salud pública³⁰.

Fulano a disfrutado de su trabajo.

3. Subsunción y ponderación

Antes de entrar de lleno al análisis de la ponderación, me parece pertinente hacer la distinción entre estos dos esquemas argumentativos, ya que existen distintas hipótesis sobre su aplicación. Según Cabra Apalategui la subsunción y la ponderación pueden concebirse como alternativas, en cuanto a que la primera, opera en los conflictos entre reglas y, la segunda, en casos de colisiones de principios; también se plantean como complementos, en tanto que ambos métodos operarían en fases distintas del Derecho y, a su vez, se propone concebirlas como intercambiables, esto debido a que en la mayoría de los casos judiciales de gran complejidad se resuelven de ambas maneras³¹.

En principio, la subsunción es un proceso legal que implica aplicar una regla de rango superior sobre una regla de rango inferior. En el caso de las reglas de rango constitucional, significa subsumir una ley o norma de menor jerarquía a la Constitución³². En general, las constituciones establecen los principios fundamentales y los derechos y libertades básicos de un país. Estas disposiciones constitucionales son consideradas de rango superior y gozan de un estatus especial en la jerarquía normativa. Las leyes y demás normas inferiores, como los reglamentos administrativos, siempre deben estar en concordancia con los principios y derechos constitucionales.

Cuando surge un conflicto o se plantea una cuestión interpretativa, el proceso de subsunción implica analizar y comparar la norma constitucional involucrada con la norma de rango inferior que se está aplicando. El objetivo es, determinar si la norma inferior es compatible y coherente con los principios y

³⁰ RUIZ RICO, G. Cita 26.

³¹ CABRA APALATEGUI, J.M. "Conflictos de normas y razón práctica". En: Razonar sobre derechos (coord. J.A. García Amado), Tirant lo Blanch, Madrid, 2016.

³² ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2010, Vol. 44, pp. 43-59.

derechos protegidos por la Constitución. Si la norma inferior cumple con los requisitos constitucionales, se considerará que está subsumida dentro de la norma constitucional correspondiente. Esto significa que la norma inferior se aplica y se interpreta de acuerdo con los límites y alcances establecidos por la Constitución³³.

Sin embargo, si la norma inferior entra en conflicto con alguna disposición constitucional, se considerará inconstitucional y no podrá ser aplicada en la medida en que contradiga los principios constitucionales. En estos casos, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la norma o bien, los tribunales de justicia, acoger recursos de amparo y tomar medidas para velar por la supremacía de la Constitución³⁴.

Por su parte, la ponderación se refiere a un proceso de evaluación y equilibrio de diferentes intereses y factores que deben tenerse en cuenta al tomar decisiones administrativas. En otras palabras, implica sopesar y considerar cuidadosamente los diversos elementos relevantes antes de tomar una decisión en un caso particular.

Particularmente, en cuanto al derecho administrativo que se ocupa de las relaciones entre los ciudadanos y las administraciones públicas, en muchas ocasiones las decisiones administrativas pueden entrar en conflicto con derechos individuales, intereses públicos y otros factores. En tales casos, los órganos administrativos a menudo deben sopesar los intereses y valores en juego antes de tomar una decisión que pueda afectar a los ciudadanos o a la sociedad en general³⁵.

La ponderación en el derecho administrativo puede involucrar uno o varios de los siguientes aspectos:

- Derechos fundamentales: Los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad de expresión, la igualdad, la propiedad privada y otros, pueden entrar en conflicto entre sí o con otros intereses públicos. La ponderación busca encontrar un equilibrio razonable y proporcionado entre estos derechos y otros valores.
- Intereses públicos: Las administraciones públicas deben considerar el interés público y el bienestar general al tomar decisiones. Esto podría implicar evaluar cómo una decisión afectará a la comunidad en su conjunto, incluso si puede haber inconvenientes o restricciones individuales.

³³ GARCÍA AMADO, J.A. “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 2016, Vol. 13, pp. 1-22.

³⁴ BARNES, J. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”. *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, N° 5, pp. 333-370.

³⁵ ARROYO JIMÉNEZ, L. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2009, Vol. 2, pp. 1-32.

- Principios jurídicos y políticos: En muchas ocasiones, las administraciones deben sopesar principios legales y políticos, como la eficiencia administrativa, la transparencia, la equidad y la legalidad, antes de tomar decisiones.
- Hechos y evidencia: La ponderación también se basa en la evidencia y los hechos disponibles. Las administraciones deben considerar la información relevante antes de tomar una decisión informada y justificada.
- Precedentes y jurisprudencia: La ponderación puede tener en cuenta decisiones anteriores de tribunales o autoridades administrativas en situaciones similares. Esto puede proporcionar orientación sobre cómo equilibrar los intereses en juego.

En resumen, la ponderación en el derecho administrativo es un proceso crítico que implica considerar y equilibrar cuidadosamente diferentes intereses, derechos y valores antes de tomar decisiones administrativas. Esto ayuda a garantizar que las decisiones sean razonables, proporcionadas y justificables en el contexto de la legislación y los principios legales aplicables.

En cuanto al principio de proporcionalidad como elemento esencial en la ponderación, este es un estándar importante utilizado por los tribunales contencioso-administrativos para evaluar la legalidad de las decisiones y acciones de la administración pública. Este principio se basa en la idea de que las medidas adoptadas por la administración deben ser proporcionales al objetivo que se busca lograr, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de las personas afectadas. Cuando un tribunal contencioso-administrativo evalúa si una decisión administrativa cumple con el principio de proporcionalidad, generalmente considera tres aspectos:

- a) Idoneidad: Se evalúa si la medida adoptada por la administración es idónea para lograr el objetivo legítimo perseguido. Es decir, si hay una relación lógica entre la medida y el resultado esperado.
- b) Necesidad: Se analiza si la medida adoptada es necesaria y no existen otras alternativas menos restrictivas que puedan alcanzar el mismo objetivo. Si hay medidas menos intrusivas que podrían lograr el objetivo sin afectar de manera desproporcionada los derechos e intereses de las personas, la medida puede considerarse desproporcionada.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto (también razonabilidad): Se examina si los beneficios obtenidos a través de la medida justifican los sacrificios o las restricciones impuestas a los derechos o intereses de las personas afectadas. En otras palabras, se busca determinar si los efectos negativos de la medida son proporcionales a los beneficios esperados³⁶

Los tribunales contencioso-administrativos aplican esta prueba para garantizar que las decisiones y acciones de la administración sean equilibradas y respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos. En caso de que se

³⁶ Vid. BARNES, J. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". Cuadernos de Derecho Público, 1998, Nº 5, pp. 15-50; SÁNCHEZ SÁEZ, A. Cita 24; CLÉRICO, L. "Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación". Anuario de Filosofía del Derecho, 2015, Vol. XXXI, pp. 73-99.

encuentre una violación del principio de proporcionalidad, el tribunal puede declarar la decisión o acción administrativa como ilegítima y tomar las medidas necesarias para corregir la situación, como la anulación de la decisión o la orden de adoptar una medida alternativa más proporcionada³⁷. Asimismo, los tribunales las circunstancias específicas de cada caso y toman en cuenta los principios generales del derecho para determinar si una medida cumple con estos criterios.

4. Debate en torno a la ponderación

El uso de la ponderación, también conocido como equilibrio o ponderación de intereses, es un principio fundamental en la jurisprudencia europea que comenzó a surgir a mediados del siglo XX como respuesta a las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, ya que se asumió que los sistemas jurídicos debían evolucionar para proteger eficazmente los derechos y libertades fundamentales. Como resultado, países como Alemania, Italia y Francia, entre otros, comenzaron a incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en sus sistemas legales nacionales.

Uno de los principios clave que surgieron durante este período fue la idea de que diferentes derechos e intereses podían entrar en conflicto entre sí, y que los tribunales y los legisladores debían considerar y equilibrar cuidadosamente estos intereses contrapuestos. De esta manera, el principio de equilibrio o ponderación se ha ido convirtiendo en un componente central de la jurisprudencia europea³⁸.

Por otra parte, la idea de ponderación implica un análisis cuidadoso de los derechos e intereses en juego en un caso concreto y, una determinación de cuáles de estos deben prevalecer a la luz de las circunstancias particulares. Esto puede implicar sopesar factores como: la importancia de los derechos o intereses en juego, el daño que resultaría de limitarlos o restringirlos y el impacto en otras personas o en la sociedad en su conjunto³⁹.

Hoy en día, el principio de ponderación sigue siendo una característica clave de los sistemas jurídicos europeos y se utiliza en una amplia gama de contextos, incluido el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho penal. Se considera una herramienta crucial para garantizar que las normas jurídicas sean justas, ecuanímes y reflejen las complejas realidades de la sociedad moderna.

Entre los autores que han escrito sobre la ponderación de intereses en las ciencias jurídicas, destacan: Robert Alexy, que ha desarrollado una teoría del

³⁷ BARNES, J. "El principio de..." Cita 36

³⁸ BARNES, J. "Jurisprudencia constitucional sobre..." Cita 34.

³⁹ GARCÍA AMADO, J.A. "¿Qué es ponderar? ..." Cita 33.

equilibrio que se basa en los principios de proporcionalidad y racionalidad; Ronald Dworkin, quien plantea que las decisiones legales deben basarse en un conjunto coherente y consistente de principios, lo que a veces puede requerir el equilibrio de intereses contrapuestos; John Rawls, quien argumentó que el equilibrio de intereses debe fundarse en el principio del mayor beneficio para los menos favorecidos; Jürgen Habermas, quien sostiene que las decisiones judiciales deben basarse en un proceso de deliberación que implique la ponderación de intereses contrapuestos; Luigi Ferrajoli, que sostiene que el equilibrio de intereses debe guiarse por el principio de máxima protección de los derechos fundamentales y, Cass Sunstein que desarrolló el uso del análisis de costo-beneficio y otras formas de sopesar los intereses en la toma de decisiones⁴⁰.

Todos estos autores han hecho contribuciones significativas al desarrollo de la teoría y la práctica de la ponderación y sus ideas siguen influyendo en el pensamiento jurídico y la toma de decisiones en todo el mundo.

Por su parte, Robert Alexy⁴¹ ha planteado una controversia en torno al concepto de ponderación en el razonamiento jurídico. Para él, la ponderación es el proceso de equilibrar principios o valores en conflicto para llegar a una decisión. Por ello, propone que cuando dos o más principios o derechos entran en colisión, no es simplemente una cuestión de jerarquía en la que uno prevalece sobre el otro automáticamente, sino que se debe realizar una ponderación para determinar cuál principio o derecho debe tener mayor peso en una situación particular.

A su vez, plantea una serie de inquietudes sobre cómo debe realizarse este proceso: Una de las principales preocupaciones de Alexy es que la reflexión a veces podría llegar a ser demasiado subjetiva. En otras palabras, diferentes jueces o tomadores de decisiones pueden sopesar los mismos factores de manera distinta, lo que llevaría a adoptar resoluciones incoherentes o arbitrarias⁴².

Otra cuestión que plantea Alexy es, que la ponderación a veces puede resultar una especie de negociación entre diferentes valores o intereses, en lugar de ser un verdadero equilibrio, lo que se denomina fórmula de peso⁴³. Por ejemplo, un tomador de decisiones podría sacrificar un poco de libertad por un poco de seguridad, sin considerar realmente las implicaciones más amplias de esta transacción. Para abordar este problema, Alexy sugiere que la ponderación debe guiarse por un conjunto de principios normativos, como el principio de la

⁴⁰ DICKSON, J. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning". Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010. Recurso electrónico revisado el 3 de julio de 2023, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

⁴¹ ALEXY, R. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2009, N° 11, pp. 3-14.

⁴² ALEXY, R. Cita 41.

⁴³ CLÉRICO, L. Cita 36.

dignidad humana o el principio de igualdad, que pueden ayudar a garantizar que las decisiones se tomen de una manera más coherente y basada en estos principios⁴⁴.

En general, la crítica de la ponderación de Alexy plantea preguntas importantes sobre cómo se toman las decisiones judiciales y cómo se equilibran los valores y los intereses. Si bien la ponderación es una herramienta importante en el razonamiento jurídico, debe aplicarse con cuidado y de acuerdo con principios claros y objetivos, para garantizar que las decisiones sean justas, consistentes y basadas en principios.

A modo de resumen, la teoría de la ponderación de Alexy⁴⁵ se basa en tres elementos clave:

a) Ponderación como comparación de grados: sostiene que los principios y derechos tienen peso o grado de importancia en una escala. Al enfrentar un conflicto entre principios, se debe determinar cuál tiene un grado de importancia mayor en ese contexto específico.

b) Principio de proporcionalidad: establece que la ponderación debe realizarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Esto significa que, en última instancia, la decisión debe ser la menos restrictiva posible para los principios o derechos involucrados. La decisión debe ser adecuada y necesaria para alcanzar un objetivo legítimo.

c) Argumentación racional: La ponderación debe basarse en una argumentación racional y justificada. Los tribunales y los legisladores deben explicar claramente por qué están dando mayor peso a un principio sobre otro en un caso particular.

La teoría de la ponderación de Alexy ha tenido un impacto significativo en la jurisprudencia de derechos humanos y ha influido en cómo los tribunales abordan los casos en los que los derechos fundamentales entran en conflicto. Esta teoría enfatiza la importancia de una toma de decisiones justificada y razonada en situaciones complejas donde los valores y los derechos compiten entre sí⁴⁶.

A pesar de sus muchos puntos fuertes, las teorías de la ponderación han sido objeto de críticas por parte de algunos estudiosos del derecho. Una de las principales críticas a estas teorías es que pueden ser difíciles de aplicar en la práctica. El equilibrio requiere que los jueces emitan juicios difíciles y, a menudo, subjetivos sobre la importancia relativa de los diferentes valores e intereses, lo que puede conducir a resultados legales inconsistentes o impredecibles. Asimismo, se advierte el peligro de dar demasiada discrecionalidad a los jueces pudiera abrir la posibilidad de libre creación del Derecho⁴⁷.

⁴⁴ ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación...". Cita 32.

⁴⁵ ALEXY, R. Cita 41.

⁴⁶ Vid. ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación..." Cita 32; CLÉRICO, L. Cita 36.

⁴⁷ VIDAL FUEYO, C. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Tomo II, pp. 427-447.

En España, destacan dos juristas que han mantenido un debate en torno a la ponderación y sus consecuencias: Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. Atienza es un iusfilósofo que ha desarrollado una teoría de la ponderación en el razonamiento jurídico. Sostiene que la ponderación es una herramienta necesaria para resolver conflictos entre valores o intereses en colisión en la toma de decisiones. Su teoría de la ponderación implica un proceso de tres pasos:

-Primero, se identifican los valores o intereses relevantes en juego en una decisión legal.

-En segundo lugar, estos valores se evalúan y se comparan entre sí para determinar su importancia relativa.

-Finalmente, quien toma las decisiones utiliza los resultados de este proceso de ponderación para llegar a una decisión que equilibre los valores en conflicto de manera justa y equitativa

Una de las características clave de la teoría de la ponderación de Atienza es el énfasis en el contexto de la decisión judicial. Propone que el proceso de ponderación debe tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, así como consideraciones sociales y políticas más amplias. Esto significa que, los mismos valores o intereses pueden sopesarse de manera diferente en diferentes contextos, dependiendo de los hechos y circunstancias específicos involucrados⁴⁸

Otro aspecto importante de la teoría de Manuel Atienza es el papel de los principios jurídicos. Si bien reconoce la importancia de los principios para guiar la toma de decisiones legales, también argumenta que es posible que no siempre sean suficientes para resolver los conflictos entre valores⁴⁹. En general, la teoría de la ponderación de Atienza es un enfoque matizado y sensible al contexto para la toma de decisiones legales que enfatiza la importancia de equilibrar valores e intereses en competencia de manera justa y equitativa

Por su parte, Juan Antonio García Amado es un iusfilósofo que ha desarrollado una teoría del razonamiento jurídico crítica con el concepto de ponderación. Según García Amado, el proceso de ponderación es inherentemente subjetivo y arbitrario, y puede conducir a decisiones legales inconsistentes o incluso contradictorias⁵⁰.

Asimismo, argumenta que las decisiones judiciales deben basarse en principios o reglas objetivas, en lugar de un equilibrio subjetivo de valores o intereses en competencia. Él cree que el uso de principios objetivos proporciona

⁴⁸ ATIENZA, M. "A vueltas con la ponderación...". Cita 32.

⁴⁹ AGUILÓ REGLA, J. "Son mandatos de ponderación". Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza". Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2023, N° 46, pp. 15-39.

⁵⁰ GARCÍA AMADO, J.A. ¿Qué es ponderar?... Cita 33.

un marco claro y coherente para la toma de decisiones y ayuda a garantizar que las decisiones sean justas y equitativas⁵¹.

Una de las principales críticas que plantea García Amado contra el proceso de ponderación es que puede otorgar demasiada discrecionalidad a los jueces, lo que conduciría a una toma de decisiones incoherente o arbitraria. Por ello, sugiere que los principios legales deberían tener prioridad sobre el equilibrio subjetivo, ya que esto proporciona un enfoque más objetivo y consistente para la toma de decisiones⁵².

También expresa preocupaciones sobre el uso de la ponderación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales. Argumenta que el proceso de equilibrar los derechos constitucionales a través de la ponderación puede conducir a un debilitamiento de esos derechos y que, en su lugar, se deben usar principios jurídicos para garantizar que los derechos se protejan de manera coherente y objetiva. En general, la teoría del razonamiento jurídico de García Amado critica el uso del equilibrio subjetivo y la discrecionalidad en la toma de decisiones jurídicas. En cambio, enfatiza la importancia de los principios y reglas legales objetivos para garantizar que las decisiones judiciales sean justas⁵³.

En resumen, García Amado argumenta que el proceso de ponderación es inherentemente subjetivo y arbitrario, pudiendo conducir a decisiones inconsistentes o incluso contradictorias. Él sugiere que el uso de principios o reglas jurídicas objetivas es una mejor manera de resolver, ya que proporciona un marco claro y consistente para resolver. En cambio, Atienza defiende el uso de la ponderación como herramienta necesaria en el razonamiento jurídico, ya

⁵¹ GARCÍA AMADO, J.A. ¿Qué es ponderar?... Cita 33.

⁵² GARCÍA AMADO, J.A. "Interpretar, argumentar, decidir". En: Interpretación y aplicación de la Ley Penal, Anuario de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 31-73.

⁵³ A este respecto, conviene hacer la salvedad de que el positivismo garantista es una corriente dentro del positivismo jurídico que se enfoca en la importancia de proteger y garantizar los derechos individuales de las personas. Considera que el objetivo principal del Derecho es salvaguardar los derechos humanos y limitar el poder del Estado para evitar abusos. Se basa en la idea de que las normas jurídicas deben ser claras, precisas y predecibles, para que las personas tengan seguridad jurídica y puedan confiar en el sistema legal. Por otro lado, el positivismo principialista también es una vertiente del positivismo jurídico, pero se centra en la importancia de los principios morales en la interpretación y aplicación del Derecho. Según esta corriente, además de las normas jurídicas escritas, existen principios éticos y morales que deben tenerse en cuenta para tomar decisiones en casos difíciles o controvertidos. Considera que el Derecho no debe ser solo una cuestión de reglas, sino que debe tener en cuenta los valores y principios fundamentales de la sociedad. En resumen, mientras que el positivismo garantista se enfoca en proteger los derechos individuales y limitar el poder estatal, el positivismo principialista destaca la importancia de principios morales en la interpretación y aplicación del Derecho. Ambas corrientes comparten la base del positivismo jurídico, pero difieren en cuanto a la importancia relativa de los derechos y los principios en el sistema legal.

que las decisiones judiciales a menudo involucran valores o intereses en conflicto y que el proceso de ponderación permite a los tomadores de decisiones equilibrar estos valores de una manera justa y equitativa.

5. La prueba de proporcionalidad en la jurisprudencia española y comparada

El test de proporcionalidad es un concepto fundamental en el ámbito del derecho constitucional y administrativo, que busca equilibrar la toma de decisiones del gobierno y otros poderes públicos con el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. En España, este principio ha sido incorporado y aplicado por los tribunales como una herramienta esencial para evaluar la validez de medidas estatales que puedan afectar los derechos y libertades de los individuos. A lo largo de los años, los tribunales españoles han desarrollado y perfeccionado su enfoque en la aplicación del examen de proporcionalidad, adaptándolo a la realidad jurídica y social del país⁵⁴.

En esencia, la prueba busca establecer si una medida restrictiva impuesta por el Estado es necesaria y proporcionada para alcanzar un objetivo legítimo y, si los efectos negativos sobre los derechos individuales son proporcionales a los beneficios buscados. En el contexto español, este principio ha sido plasmado implícitamente en la Constitución de 1978 y ha sido ampliamente utilizado por los tribunales para analizar asuntos relacionados con la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, la igualdad, y otros derechos fundamentales⁵⁵.

El proceso de aplicación de la prueba por los tribunales españoles generalmente involucra tres etapas fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Un ejemplo de la aplicación por los tribunales españoles se puede encontrar en casos relacionados con la libertad de expresión. Si una ley limita la libertad de expresión en ciertos casos, los tribunales evaluarán si esta limitación es idónea para proteger un interés legítimo (como la protección del orden público), si es necesaria para alcanzar ese objetivo y si los efectos negativos sobre la libertad de expresión son proporcionados en relación con los beneficios buscados⁵⁶.

En definitiva, el examen de proporcionalidad es una herramienta esencial en la jurisprudencia de los tribunales españoles para garantizar que las medidas estatales sean coherentes con los principios fundamentales de la Constitución y los derechos humanos. A través de su aplicación rigurosa y equilibrada, los

⁵⁴ VIDAL FUEYO, C. Cita 47.

⁵⁵ BARNES, J. "Jurisprudencia constitucional sobre..." Cita 34.

⁵⁶ Vid. España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 7/2023, de 21 de febrero, del Pleno del Tribunal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023).

tribunales buscan armonizar los intereses legítimos del Estado con la protección de los derechos individuales, contribuyendo así a la consolidación del estado de derecho en España.

5.1. Estados Unidos

El sistema judicial de Estados Unidos ha sido históricamente un referente en el mundo debido a su enfoque en la protección de los derechos individuales y la garantía de un debido proceso judicial (*due process of law*). Entre los diversos métodos y herramientas que utilizan los tribunales para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, el test de proporcionalidad se ha convertido en una herramienta crucial para asegurar la protección de derechos fundamentales y mantener el equilibrio entre el interés público y las libertades individuales.

También conocido como test de razonabilidad, es un enfoque analítico utilizado en diversos países para evaluar si una medida gubernamental es constitucionalmente válida. Si bien sus raíces se encuentran en el derecho europeo, la doctrina ha sido adoptada y adaptada por los tribunales de Estados Unidos, especialmente en cuestiones relacionadas con la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda⁵⁷.

El test de proporcionalidad consta de tres etapas clave que los tribunales deben aplicar para determinar la constitucionalidad de una ley o política gubernamental:

a) Fines Legítimos: Los tribunales deben evaluar si el objetivo perseguido por la ley o política es legítimo y constitucionalmente válido, como proteger la seguridad pública, promover el bienestar general o salvaguardar los derechos de grupos vulnerables;

b) Idoneidad o Adecuación: Se determina si la medida adoptada es idónea para alcanzar el fin legítimo establecido previamente, es decir, si tiene una relación racional con dicho fin;

c) Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto: Se evalúa si la medida es necesaria para alcanzar el objetivo legítimo y si no existen alternativas menos restrictivas de derechos fundamentales que puedan lograr el mismo fin⁵⁸

Los tribunales federales de Estados Unidos han aplicado esta prueba en una amplia variedad de casos, abordando cuestiones relacionadas con derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad religiosa, la igualdad

⁵⁷ JACKSON, V. "Constitutional Law in the age of Proportionality". The Yale Law Journal, 2015, Vol. 124, N° 8, pp. 2680-3203.

⁵⁸ SULLIVAN, E. T. y FRASE, R. S. "Proportionality principles in American law: Controlling excessive government actions" (Thomas Sullivan, Richard S. Frase Editores). Oxford University Press, Oxford, 2009. .

ante la ley y la privacidad. En cuanto a la libertad de expresión, los tribunales han sostenido que las restricciones a esta libertad solo son válidas si están diseñadas para proteger un interés público legítimo y si son proporcionales a ese objetivo, evitando así censurar la expresión protegida. Respecto de la libertad religiosa, los tribunales han examinado si las políticas gubernamentales son proporcionales y no discriminatorias respecto a las creencias religiosas de los ciudadanos. Respecto de la igualdad ante la ley, el test de proporcionalidad también ha sido utilizado para evaluar si ciertas leyes o políticas gubernamentales discriminan injustamente a ciertos grupos, garantizando así una igualdad real y efectiva ante la ley⁵⁹.

El test de proporcionalidad es una herramienta crucial utilizada por los altos tribunales de Estados Unidos para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales. Su aplicación ha sido fundamental para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, al tiempo que mantiene un equilibrio con los intereses legítimos del Estado. Aunque enfrenta críticas y desafíos, la aplicación cuidadosa y justa de este enfoque analítico sigue siendo esencial para salvaguardar el sistema de derechos y libertades que caracteriza a la democracia estadounidense⁶⁰.

5.2. Alemania

La prueba de proporcionalidad o *Verhältnismäßigkeitsprüfung* en alemán, es un principio fundamental en el sistema judicial de este país. Los tribunales de alzada alemanes han aplicado de manera extensa este enfoque analítico para evaluar la compatibilidad de leyes y acciones gubernamentales con la Constitución alemana (*Grundgesetz*). Su importancia radica en proteger los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el Estado y los individuos⁶¹.

El *Verhältnismäßigkeitsprüfung* tiene sus raíces en el derecho constitucional alemán y es una herramienta esencial para asegurar que las medidas gubernamentales respeten los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Se basa en la idea de que cualquier restricción a los derechos individuales debe ser proporcional y justificada en una sociedad democrática⁶².

La estructura de la revisión tiene algunas diferencias con las antes estudiadas, toda vez que sus etapas tiene algunos matices:

⁵⁹ JACKSON, V. Cita 57.

⁶⁰ SULLIVAN, E.T; FRASE, R.S. Cita 58.

⁶¹ WIENBRACKE, M. "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", *Zeitschrift für das Juristische Studium* (online), 2013, N° 2, pp. 148-155.

⁶² TISHBIREK, A. "Die Verhältnismäßigkeitsprüfung Methoden migration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht". Editorial Mohr Siebeck, Tübinga, 2020.

a) **Fin y medios legítimos:** El objetivo perseguido debe ser legítimo, así como los medios empleados para su consecución. En principio, los intereses públicos son siempre legítimos, excepto cuando afectan derechos fundamentales desproporcionadamente, por ejemplo. En cuanto a los medios estos pueden ser ilegítimos, como en el caso de la censura.

b) **Idoneidad:** Se determina si el medio es suficiente para conseguir el fin perseguido. Solo se descartan aquellos medios absolutamente inadecuados.

c) **Necesidad:** En el marco de comparación entre varios medios, se deben considerar la naturaleza de la intervención, su intensidad, el número de afectados tanto los perjudicados como los beneficiados y los posibles efectos secundarios de la medida. Por ello, suele exigirse al menos otro medio para comparar.

d) **Adecuación o proporcionalidad en sentido estricto:** Aquí se evalúa la gravedad de la afectación a los derechos fundamentales respecto del fin o propósito perseguido. Para ello, se evalúa el valor abstracto de los medios y del fin. A su vez, se realiza una evaluación concreta de la injerencia que consiste en determinar la gravedad concreta de la limitación y el grado de logro del fin⁶³.

Los tribunales alemanes, especialmente el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), aplican rigurosamente el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, especialmente en las siguientes materias:

- **Protección de Derechos Fundamentales:** La prueba es crucial para proteger los derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y la privacidad. Los tribunales garantizan que cualquier restricción a estos derechos sea estrictamente justificada.

- **Políticas Públicas:** En asuntos relacionados con políticas públicas, se aplica para equilibrar los intereses del Estado y el bienestar general con los derechos de los ciudadanos.

- **Constitucionalidad de Leyes:** Los tribunales revisan la constitucionalidad de leyes y pueden declararlas inconstitucionales si no superan la prueba⁶⁴.

En definitiva, esta prueba es una herramienta esencial en el sistema judicial alemán para evaluar la constitucionalidad de leyes y actos gubernamentales. Su aplicación rigurosa garantiza la protección de los derechos

⁶³ VID. WIENBRAKE, M. Cita 61; HEINTZEN, M; KRIEGER, H. "Gliederung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung". Facultad de Derecho, Universidad Libre de Berlín, 2015. Documento electrónico revisado el 7 de junio de 2023, disponible en: https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-_Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.html.

⁶⁴ TISHBIREK, A. Cita 62.

fundamentales y el equilibrio entre el interés público y los derechos individuales⁶⁵.

5.3. Francia

El *Contrôle de proportionnalité* es un principio jurídico fundamental en Francia, que permite a los altos tribunales evaluar la adecuación y la justificación de las medidas adoptadas por el Estado en relación con los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos⁶⁶. A continuación, se analizará cómo los tribunales franceses aplican este enfoque analítico, su relevancia en el sistema jurídico francés y su papel en proteger los derechos individuales en un Estado de Derecho

Tremblay explica que, en Francia, el control de proporcionalidad se centra en tres principios clave⁶⁷:

a) Principio de Idoneidad (*Principe d'adéquation*): La medida adoptada por el Estado debe ser adecuada y razonable para alcanzar el objetivo legítimo perseguido.

b) Principio de Necesidad (*Principe de nécessité*): La medida debe ser necesaria y no puede haber una opción menos restrictiva de los derechos fundamentales que pueda lograr el mismo objetivo.

c) Principio de Proporcionalidad en sentido estricto (*Principe de proportionnalité au sens strict*): La medida no debe imponer una carga desproporcionada sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y debe equilibrarse adecuadamente con los objetivos de interés público.

En Francia, los tribunales superiores, como el Consejo Constitucional (competente en el orden constitucional) y el Consejo de Estado (competente en el orden administrativo), aplican rigurosamente este control para evaluar la legalidad y la constitucionalidad de leyes, reglamentos y decisiones gubernamentales, específicamente en las siguientes materias:

- Protección de Derechos Fundamentales: El control de proporcionalidad es una eficaz herramienta para garantizar que las leyes y acciones gubernamentales no violen los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la libertad de expresión, la libertad religiosa y el derecho a la privacidad. Los llamados a velar por el respeto irrestricto a estos derechos son los tribunales ordinarios de justicia.

⁶⁵ WIENBRACKE, M. Cita 61.

⁶⁶ GOESEL-LE BIHAN, V. "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?" *Jus Politicum*, Revue de droit politique, 2012, Nº 7, pp. 1-13.

⁶⁷ TREMBLAY, L.B. "Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle", *McGill Law Journal*, 2012, Vol. 57, Nº 3, pp. 429-471.

- **Control de Actos Administrativos:** En esta materia, el control es aplicado por el Consejo de Estado para revisar la legalidad de actos administrativos y asegurarse de que no se excedan los límites de los derechos individuales.

- **Control de Constitucionalidad:** El Consejo Constitucional revisa la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento y puede declararlas inconstitucionales si no superan el control de proporcionalidad⁶⁸.

La aplicación del control de proporcionalidad es crucial para proteger y equilibrar los derechos y libertades fundamentales en Francia. Sin embargo, su aplicación es todo un desafío ya que a veces es difícil determinar qué medida es la más proporcionada, y puede haber interpretaciones diferentes entre los tribunales.

El *Contrôle de proportionnalité* se ha convertido en un pilar fundamental en el sistema jurídico francés que permite a los tribunales de alzada equilibrar los intereses del Estado con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su aplicación rigurosa asegura que las medidas gubernamentales sean justificadas y proporcionales, evitando así posibles abusos de poder y protegiendo los derechos individuales en un Estado de Derecho⁶⁹. Aunque enfrenta desafíos en su implementación, este control sigue siendo una herramienta esencial en el sistema legal francés para garantizar una sociedad justa, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales.

5.4. Reino Unido

El Reino Unido tiene un sistema judicial que se basa en el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Entre las herramientas utilizadas por los tribunales para evaluar la legalidad y constitucionalidad de leyes y políticas gubernamentales, el test de proporcionalidad se ha destacado como un enfoque analítico crucial. Si bien el Reino Unido no cuenta con una constitución escrita como en otros países, su ordenamiento jurídico se basa en el principio de Soberanía Parlamentaria y, en lo que a derechos fundamentales se refiere, existen leyes que se consideran como estatutos constitucionales entre las cuales se contemplan: la Carta Magna, la Ley de Derechos Humanos de 1998, el *Bill of Rights* y el Acta de Unión de 1707⁷⁰.

⁶⁸ Vid. PHILLIPE, X. "El principio de proporcionalidad en el Derecho público francés". Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5, pp. 255-272; GOESEL-LE BIHAN, Cita 66.

⁶⁹ DUCLERCQ, J.B. "Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel". Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2015, N° 49, pp. 121-126.

⁷⁰ JOWELL, J. "Proportionality in the United Kingdom. Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC. 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils", Revue générale du droit on line, 2018, N° 29678, pp. 1-11.

Aunque esta prueba no es una doctrina legal propia del Reino Unido, ha sido adoptada y aplicada por los tribunales británicos a través de su membresía en el Consejo de Europa, la Unión Europea y la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Reino Unido reconoce la importancia de proteger los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el interés público y las libertades individuales⁷¹. Por ello, siguiendo a Möller, la prueba de proporcionalidad comprende cuatro elementos principales⁷²:

a) **Objetivo legítimo (*Legitimate goal*)**: Lo que debe determinarse es si la política o medida es objetivamente justificable, siendo irrelevante las ideas o intenciones de quienes la adoptaron. Un ejemplo de incumplimiento de este requisito es el caso *Smith y Grady v. Reino Unido*, en que se resolvió por la CEDH condenar a ese Estado ya que la política de exclusión de homosexuales del ejército no perseguía un objetivo legítimo, ya que la tendencia sexual de las personas forma parte de su intimidad.

b) **Razonabilidad o Idoneidad (*Reasonableness or Suitability*)**: Establece que debe existir una conexión racional entre la injerencia y el fin legítimo. La interferencia sobre un derecho debe ser, al menos en un grado, adecuada para conseguir el objetivo. Es decir, si la perturbación del derecho contribuye al logro del fin en cierta medida, entonces se entiende satisfecho este requisito.

c) **Necesidad (*Necessity*)**: La medida debe ser necesaria y no puede haber una alternativa menos restrictiva de los derechos fundamentales que pueda alcanzar el mismo objetivo. En la medida que el Estado vaya más allá de lo necesario, es decir, hace lo necesario y más, no se incumpliría este requisito, aunque es probable que adolezca de falta de idoneidad. Ahora bien, si existe una medida menos restrictiva, entonces se considera innecesaria.

d) **Proporcionalidad en sentido estricto (*Proportionality in the Narrow Sense*)**: La medida no debe imponer una carga excesiva o desproporcionada sobre los derechos individuales y debe equilibrarse adecuadamente con el interés público perseguido.

Los tribunales superiores del Reino Unido, incluida la Corte Suprema, aplican el test de proporcionalidad para evaluar la legalidad y constitucionalidad de medidas gubernamentales y leyes referentes a las siguientes materias:

- **Protección de Derechos Humanos**: La prueba es esencial para garantizar la protección de los derechos humanos consagrados en la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido y en la Convención Europea de Derechos Humanos.
- **Constitucionalidad de Leyes**: Los tribunales evalúan la constitucionalidad de las leyes y pueden declararlas incompatibles con los derechos fundamentales si no cumplen con la prueba de proporcionalidad.

⁷¹ SALES, L. "Proportionality review in appellate courts: a wrong turning?" ALBA, Annual Lecture, 2020. Documento electrónico revisado el 5 de julio de 2023, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181120.pdf>

⁷² MÖLLER, K. "Proportionality: Challenging the critics". International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10, Nº 3, pp. 709-731.

- **Decisiones Administrativas:** El test se utiliza para revisar decisiones gubernamentales y administrativas para asegurar que no sean arbitrarias o desproporcionadas.

Hoy en día, es una herramienta relevante que permite a los tribunales del Reino Unido garantizar que las leyes y medidas gubernamentales sean razonables y respeten los derechos fundamentales. Sin embargo, su aplicación puede enfrentar desafíos, especialmente en situaciones en las que es difícil determinar el nivel de restricción justificada y equilibrar los intereses en juego⁷³.

Este control se ha convertido en una herramienta esencial utilizada por los altos tribunales del Reino Unido para asegurar la protección de los derechos fundamentales y mantener un equilibrio entre el interés público y los derechos individuales. Su aplicación rigurosa permite que el sistema judicial británico mantenga la integridad del Estado de Derecho y asegure que las políticas y leyes sean razonables y proporcionadas. Aunque su implementación no ha estado exenta de problemas, el test seguirá siendo una pieza central en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos británicos en el marco de una sociedad justa y democrática⁷⁴.

6. Sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

Siguiendo el orden cronológico de desarrollo planteado por Álvarez García, en este apartado se analizará la aplicación de la prueba de proporcionalidad en distintas resoluciones del Tribunal Supremo dictadas en el periodo del estado de alarma, tanto en aquellas en que se confirmó la implementación de medidas restrictivas de derechos y libertades públicas, como en aquellas que rechazaron su aplicación⁷⁵.

Antes, se abordará someramente el examen de proporcionalidad que realizó el Tribunal Constitucional en dos sentencias, sobre el primer estado de alarma y su declaración parcial de inconstitucionalidad, así como de la prórroga del estado de alarma por seis meses.

6.1. STC 148/2021, de 14 de julio⁷⁶

Un grupo parlamentario presentó un recurso de inconstitucionalidad en contra algunas disposiciones del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el

⁷³ JOWELL, J. Cita 70.

⁷⁴ SALES, L. Cita 71.

⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, V. "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte Covid en un país carente de una legislación antipandemias". Diario del Derecho, publicado el 10 de enero de 2022, recurso electrónico revisado el 15 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218492

⁷⁶ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 148/2021 de 14 de julio.

COVID-19; del RD 465/2020, de 17 de marzo, mediante el cual se modificó el primero; de los RD 476/2020, de 27 de marzo, RD 487/2020, de 10 de abril y, RD 492/2020, de 24 de abril, mediante los cuales se prorrogó el estado de alarma. Además, se recurrió la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, que estableció medidas excepcionales para los velatorios y ceremonias fúnebres.

En el largo y complejo texto de esta sentencia (que en ningún caso se pretende resumir aquí), la distinción entre suspensión y limitación de derechos fundamentales pareciera ser uno de los ejes centrales de la discusión. Los recurrentes ponen como ejemplo de esta diferencia, lo sucedido con el derecho a la educación: la suspensión de las clases presenciales significó para un 10% de la población española (que no cuenta con conexión a internet en sus hogares) una suspensión de su derecho. De tal manera que, el mandato del artículo 27.1 CE no se estaría cumpliendo para ese porcentaje del alumnado. Por su parte, el abogado del Estado defendió la constitucionalidad y proporcionalidad de la medida.

Como puede apreciarse en este botón de muestra, el TC toma el examen de proporcionalidad como un elemento de interpretación desde que inicia su análisis. De hecho, el Ejecutivo alega en todo momento que las medidas adoptadas cumplen con todos los requisitos de legalidad y superan el test de proporcionalidad:

- (i) “las medidas están previstas en una ley (Constitución y Ley Orgánica 4/1981), y en los sucesivos reales decretos que declaran y prorrogan el estado de alarma, sin que quepa duda de su fin legítimo;
- (ii) han sido eficaces para el fin perseguido, conforme al informe que se aporta; y
- (iii) han sido adoptadas en casi todos los países del mundo, sin que ningún Estado conociera el desarrollo de la enfermedad, más allá de sus dramáticas consecuencias mortíferas”.

Referente al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el Ejecutivo reconoce que se han producido perjuicios, los cuales serían inferiores a los beneficios. De hecho, los perjuicios se han mitigado con la adopción de una serie de medidas cuyo propósito ha sido movilizar recursos a la población.

Finalmente, el TC concluye que, las medidas son idóneas, necesarias y proporcionadas. De hecho, su inconstitucionalidad parcial no deriva del contenido material de las medidas, sino del instrumento jurídico mediante el cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales.

A mi juicio, el TC debió realizar un examen de la idoneidad tanto del fin perseguido como respecto del medio empleado, tal como se aplica en Alemania. Ergo, si el Ejecutivo erró en el instrumento, las medidas no son idóneas, toda vez que la Administración siempre supo que el estado de alarma no permitía la suspensión de derechos fundamentales.

Manuel Atienza lamentó que la discusión se haya visto condicionada al hecho de que el recurso fuese presentado por un partido calificado de extrema

derecha (Vox), ya que esto habría avivado las diferencias entre jueces conservadores y progresistas. Sin embargo, hubo jueces conservadores y progresistas que habrían “cambiado de bando”. En todo caso, lo fundamental para él es que tanto el voto de la mayoría como los particulares recurren a la concepción de principios y ponderación para resolver los conflictos entre derechos fundamentales⁷⁷. Ahora bien, en cuanto a la estructura de los argumentos, tanto en unos como en otros, se parte con una subsunción (constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas) para luego proceder a ponderar, aplicando la fórmula de peso propuesta por Alexy.

6.2. STC 183/2021 de 27 de octubre⁷⁸

Esta sentencia se pronunció respecto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el mismo grupo parlamentario en contra de ciertas disposiciones del RD 926/2020, de 25 de octubre y contra la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados, por la que se acordó la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma. Específicamente, se recurrió la delegación de competencias del Gobierno a los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas, las normas que permitieron la prórroga del estado de alarma por seis meses y, además, varios preceptos que vulneran derechos fundamentales. Ruiz Bursón precisa que, si bien ni la Constitución ni la LOAES establecen plazos, llama la atención lo que él considera absoluta desproporción entre la extensión del primer plazo y su prórroga, doce veces superior al primero⁷⁹.

En este caso, el TC aplica el examen de proporcionalidad a cada uno de los preceptos que imponen medidas restrictivas para, en definitiva, concluir que todas ellas superaban la prueba y así desestimar estas impugnaciones. Se estimó el recurso respecto de la prórroga del estado de alarma y a la regulación del régimen de delegación que efectuó el Gobierno. Por ello, considero oportuno referirme al voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, específicamente al análisis que desarrolla sobre la ponderación y el examen de proporcionalidad:

⁷⁷ ATIENZA, M. “La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia”, *Sí-lex Formación Jurídica*, publicado el 4 de noviembre de 2021, revisado el 27 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>

⁷⁸ España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 183/2021 de 27 de octubre.

⁷⁹ RUIZ BURSÓN, F. “La jurisprudencia constitucional española sobre los estados de alarma de 2020”. En: *Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19* (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022, pp. 87-121.

“15. Los derechos fundamentales operan como principios, es decir, como normas categóricas (Von Wright) o mandatos de optimización (Alexy). En consecuencia, como acepta la opinión mayoritaria, la tensión o contraposición entre ellos no puede resolverse mediante técnicas formales de subsunción, sino mediante un método pragmático de valoración de la proporcionalidad para sopesar la licitud del sacrificio de uno de ellos.”

Acto seguido, parte analizando la legitimidad del fin, en torno al cual no parece haber discusión ni dudas sobre la protección al derecho a la vida, aunque critica las escasas menciones al este derecho y al de la salud, en la valoración de los demás derechos afectados. Respecto de la idoneidad y necesidad, Xiol se hace cargo de los antecedentes científicos que le fueron aportados y ve justificado restringir el derecho a la libre circulación y otros derechos fundamentales, en el sentido que Philippa Foot desarrolla la idea del sacrificio éticamente necesario para evitar males mayores.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, el Magistrado expone lo siguiente:

“Aun así creo, sin embargo, que la regla de los tres pasos en que se inspira la opinión mayoritaria, ampliamente aceptada en la jurisprudencia constitucional española, es más compleja que el razonamiento formulado por la mayoría, pues exige aplicar la fórmula del peso: valorar el peso de cada uno de los derechos afectados y determinar cuál tiene valor prevalente”.

Prosigue describiendo el método de ponderación que, a su juicio, en este punto, debía realizarse:

- i. Gravedad de la afectación del derecho fundamental en concreto,
- ii. Gravedad de la afectación del derecho fundamental en abstracto,
- iii. Seguridad en la afectación.

Hecho este ejercicio, concluye que la afectación al derecho a la libre circulación y los demás derechos fundamentales es menor a la afectación que el derecho a la vida, que tiene un carácter primario. Por todo ello, las medidas impugnadas se ajustarían a la ley de la proporcionalidad.

Lo cierto es que para dar por cumplido el requisito de idoneidad, las medidas propuestas deben ser cotejadas con otras alternativas. A mi juicio, esa información debe ser entregada por la Administración que pretende aplicar las restricciones de manera explícita y no deberían responder a planteamientos teóricos hipotéticos. A su vez, se hace evidente que los antecedentes científicos estudiados obedecen a una misma visión de la situación sanitaria y su posible manejo, quedando patente la falta de ponderación de evidencias discrepantes, con base en el tan básico principio de contradicción. Por su parte, Izquierdo-Carrasco sostiene que, dada la incertidumbre científica en torno al COVID-19, los

tribunales tuvieron cierta deferencia con las decisiones administrativas, la cual quedó patente en el control de constitucionalidad de las medidas adoptadas mediante los Reales Decretos que declararon los estados de alarma⁸⁰.

6.3. STS N° 1103/2021, de 18 de agosto⁸¹

La Sala de verano del Tribunal Supremo se pronunció sobre un recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, mediante el cual se rechazó el recurso y se confirmó el Auto de denegación de la ratificación de la implementación del pasaporte COVID para acceder a recintos de hostelería y esparcimiento con música, establecido mediante Orden de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, de 5 de agosto de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente la Magistrada María Isabel Perelló Doménech.

Respecto de la resolución recurrida, la Sala estima que:

“...en su análisis del triple test de la proporcionalidad - coincidente en este punto con el del Ministerio Fiscal-concluye sobre la no acreditación de dos de los subprincipios o elementos que conforman este principio : el de la idoneidad y el de la necesidad de la medida tal cual se define por la Administración Andaluza, conclusión que alcanza teniendo en cuenta tanto el carácter alternativo y carente de equivalencia de la medida, la afectación a un determinado sector de ocio, su carácter general para todo el territorio de la Comunidad y su vigencia indefinida en el tiempo”.

La Sala de Granada había considerado que, respecto de las medidas implementadas, solo concurría el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, sin llegar a cumplirse los otros subprincipios, conclusión que tanto el Tribunal Supremo como el Ministerio Fiscal compartieron.

La Sala de Verano del Tribunal Supremo agregó a este razonamiento lo siguiente:

“Aunque la medida diseñada se apoya en un informe técnico de la Dirección General de Salud Pública que se aporta a autos, referido en su punto 4° a la <<efectividad de la medida de acceso al interior de locales de ocio>> dicho dictamen no permite entender la proporcionalidad de dicha medida”.

Sánchez Sáez advierte que en esta sentencia el Tribunal Supremo aceptó el argumento científico de que los vacunados y no vacunados contagiaban del

⁸⁰ IZQUIERDO-CARRASCO, M. “COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2022, N° 17, pp. 6-30.

⁸¹ España. Tribunal Supremo (Sala de verano). Sentencia núm. 1103/2021 de 18 de agosto.

mismo modo, por lo tanto, la exigencia de un pasaporte COVID no cumplía con ninguno de los requisitos del juicio de proporcionalidad, pero esta convicción posteriormente cambiaría, en la sentencia que se analizará a continuación⁸².

6.4. STS Nº 1112/2021, de 14 de septiembre⁸³

La Sección Cuarta de la Sala Contencioso-Administrativo estimó un recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de fecha 20 de agosto de 2021 que denegó la ratificación de la medida que exigía la exhibición del pasaporte COVID para acceder al interior de establecimientos de ocio nocturno y de restauración, adoptada mediante Orden de la Consellería de Sanidade de 13 de agosto de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente la Magistrada María del Pilar Teso Gamella.

La Sala advierte que, en este caso, la Orden que es objeto de análisis, modificó una Orden anterior (de 25 de junio de 2021) en el sentido de que sustituye la presentación del certificado COVID por una “regulación transitoria y provisional” para los establecimientos de hostelería y restauración y de juegos y apuestas, imponiendo una limitación de aforo. A su vez, en dicha Orden se recomienda el uso para determinadas zonas de los comercios afectados, la exhibición del documento que acredita la pauta completa de vacunación, una prueba diagnóstica de infección activa o test de antígenos y certificado de recuperación de la infección por SARS- Cov.2.

A su vez, indican los magistrados, la medida no se establece con carácter indefinido, sino condicionada a la adopción de nuevas medidas, según el desarrollo de los acontecimientos y el conocimiento científico. A mayor abundamiento, se hace la aclaración de que fue la Orden de esta Consellería, de fecha 22 de julio de 2021, la que establecía la obligación de exhibir la documentación antes señalada. Estas medidas no fueron sometidas a autorización del TSJG, por lo que la Sala del TS entiende que carecen de vigencia.

Los magistrados descartan aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto porque no existe discrepancia procesal en cuanto a que la afectación a los derechos fundamentales es de baja intensidad, ya que se trata de la mera exhibición de una documentación con el fin de proteger la salud y la vida. Sobre la idoneidad, concluyen que las medidas se aplican en establecimientos donde se bebe y se come, razón por la cual no es posible utilizar la mascarilla todo el tiempo, así como se habla más alto y se canta, lo que favorece la “inhalación de gotas y aerosoles respiratorios emitidos por un contagiado”.

⁸² SÁNCHEZ SÁEZ, A. cita 24.

⁸³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1112/2021 de 14 de septiembre.

Finalmente, respecto de la necesidad, de los informes científicos aportados se colige que la tasa de contagio es menor entre los vacunados que entre los no vacunados, por lo que la medida sí permitiría proteger la salud pública.

Por estas razones, la Tercera Sala considera que la Orden de Sanidade no vulnera derechos fundamentales y cumple sobradamente los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, al tenor de su propia jurisprudencia.

Además, en la sentencia consta el voto particular del magistrado D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo donde expresa los siguientes razonamientos:

No comparte la interpretación que la Sala realiza del Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación, toda vez que considera que esta norma no contempla la imposición de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales ni las justifica de manera indirecta, ateniendo a lo expuesto en su Considerando 14:

"El presente Reglamento pretende facilitar la aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación por lo que se refiere a las restricciones a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, al tiempo que se persigue un alto nivel de protección de la salud pública. No debe entenderse que facilita o fomenta la adopción de restricciones a la libre circulación o restricciones a otros derechos fundamentales, en respuesta a la pandemia de COVID-19, dados sus efectos perjudiciales para los ciudadanos y las empresas de la Unión."

En segundo lugar, tampoco coincide en estimar como leve la restricción a los derechos fundamentales que conlleva la medida impuesta, sino más bien la califica como severa, extensa e intensa, especialmente en lo que respecta a la igualdad y a la intimidad. En relación con el primer derecho, considera que la norma da trato diferente a personas en la misma situación, ya que nadie está obligado a vacunarse, pero se exige el certificado de pauta completa de vacunación, nadie está obligado a someterse a la prueba diagnóstica para obtener un certificado de negatividad, pero se exige su posesión y exhibición y, se exige certificado de recuperación en tanto en cuanto no todas las personas se han contagiado. Respecto a la intimidad, se admite abiertamente que la medida impone la obligación de revelar datos personales íntimos, como la identidad y salud o si está vacunado o no. Además, esto se exige para acceder a determinados locales cuando no existe una norma legal que así lo permita.

Finalmente, disiente en considerar que las medidas impuestas cuenten con una cobertura legal habilitante, juicio que se funda en una aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Prosigue señalando que no se ha acreditado que la medida implantada sea indispensable y necesaria, toda vez que

no se demuestra que existan otras medidas menos invasivas y que permitan la obtención de los mismos resultados.

Álvarez García afirma que en esta sentencia el TS desvirtuó la prueba de proporcionalidad, puesto que descarta a limine que se haya infringido el tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, constatando solo la aprobación de los requisitos de necesidad e idoneidad⁸⁴. A mi juicio, esta sentencia reviste interés nuclear aquí, en cuanto que el TS da por aprobado el examen sin haber realizado el tercer análisis.

6.5. STS 1412/2021, de 1 de diciembre⁸⁵

La sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó un recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco en contra de un Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) de fecha 22 de noviembre de 2021, mediante el cual no se autorizó la exigencia de certificado COVID digital de la UE, dispuesto por la Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno Vasco, de fecha 17 de noviembre de 2021, como medida adicional a las establecidas en la Orden de 6 de octubre de 2021. Se personó el Ministerio en defensa de la legalidad y fue ponente el Magistrado Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Respecto de la resolución recurrida, el tribunal estimó que:

“En definitiva, no vemos diferencias relevantes entre la situación que examinamos en Galicia y la aquí subyacente. Y tampoco encontramos en la fundamentación del auto n.º 91/2021 argumentos que deban llevarnos a reconsiderar lo que dijimos en la sentencia n.º 1112/2021, de 14 de septiembre.”

En cuanto al examen de proporcionalidad, la Sección Cuarta concluyó que:

- i. Se trataba de una medida adecuada para prevenir la transmisión de la enfermedad,
- ii. Además, necesaria porque es menos agresiva que otras y no afecta significativamente a la posibilidad de acceso a dichos establecimientos,
- iii. Y proporcionada porque sirve para preservar la salud y reducir los riesgos vitales que comporta la pandemia, mientras incide tenuemente sobre los derechos a la igualdad y la intimidad.

Por ello, se procedió a estimar el recurso de casación, a anular el auto N.º 91/2021 y a ratificar la Orden de la consejera de Sanidad.

Al igual que en la sentencia anteriormente analizada, consta voto particular del Magistrado Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, esta vez más extenso y detallado: Primeramente, no se cuestiona la cobertura normativa empleada por la Administración vasca. Es decir, no se realiza un análisis de la

⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, V. Cita 75.

⁸⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1412/2021 de 1 de diciembre.

validez del reglamento puesto que no se ampara en la legislación nacional que vincula al gobierno autonómico, cual es, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, así como tampoco a la Ley autonómica de ordenación sanitaria que, según la jurisprudencia de esa Sala, es fundamento de medidas que pudieran limitar o restringir derechos fundamentales y que supere el triple examen de proporcionalidad. Asimismo, rechaza la aplicación del principio *iura novit curia* ya que considera que no le corresponde al tribunal fijar el marco normativo en el que se sustenta la medida que restringe derechos fundamentales.

Sobre este punto convendría destacar que solo la habilitación del citado artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 permite la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, debiendo someterse a la autorización preceptiva de la justicia, tal como se dispone en los artículos 8.6 y 10.8 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁶

Seguidamente, Fonseca-Herrero rechaza el argumento de que la medida impuesta cumpla rotundamente con los tres subprincipios del examen de proporcionalidad, puesto que no se analizan los hechos que motivaron las medidas en Galicia ni se comparan los datos con los aportados actualizados, como son la ocupación hospitalaria, la cobertura de la vacunación y el porcentaje de incidencia que, según informes acompañados, es significativamente menor. De hecho, tal como se expresa en el Auto recurrido, la administración no justifica la proporcionalidad de la medida ni explica -con los datos epidemiológicos tomados como fundamento- que la situación actual es igual que la existente al momento de adoptarse la medida de Galicia y que dio lugar a sentar jurisprudencia.

Otro aspecto que no se ha tomado en consideración y que hace a la medida desproporcionada es, su vigencia indefinida ya que solo establece la Orden que la medida será sometida a seguimiento y evaluación, lo que claramente podría llevar a la desproporción de la medida.

En tercer lugar, el Magistrado coincide con lo resuelto por el TSJPV, en cuanto a que no se aportan datos y ni argumentos suficientes que justifiquen la necesidad de implementar el pasaporte COVID para los locales de ocio indicados en la Orden, lo que no permitiría comprender la proporcionalidad de la medida, así como tampoco se indica si existen o no otras medidas menos intensas.

Finalmente, reitera sus argumentos en torno a la gravedad de las injerencias sobre el derecho a la igualdad y a la intimidad, así como la insuficiencia del Reglamento (UE) 2021/953 como fundamento jurídico de la medida impuesta.

⁸⁶ IZQUIERDO-CARRASCO, M. Cita 80.

En este voto particular, destaco el detallado análisis que Fonseca-Herrero realiza de los datos sobre incidencia acumulada a 14 días, a la cobertura de la vacunación con una dosis y pauta completa, así como la falta de contrastación de datos sobre la efectividad de la imposición del pasaporte COVID en otras Comunidades Autónomas. Sin duda, las medidas restrictivas de derechos fundamentales deben basarse en datos concretos y actualizados y no en información abstracta atemporal.

7. Conclusiones

A diferencia de lo que concluye Álvarez Buján que durante la pandemia COVID-19 el principio de proporcionalidad cayó en el olvido, mi apreciación es que lo que sucedió con este principio y, específicamente, con el examen de proporcionalidad, es que resultó completamente desvirtuado, en el sentido que establece la Real Academia de la Lengua Española: “hacer disminuir o perder la virtud o las características propias de una cosa”⁸⁷.

A su vez, la aplicación amplia (o más bien laxa) del principio de proporcionalidad en sentido estricto lo aleja de su fin último, cual es, la realización de exámenes rigurosos tanto por parte de la administración como de los tribunales, ya que las medidas que restringen derechos fundamentales no pueden ser adoptadas de manera intuitiva, azarosa e impuestas sobre la base de información incompleta e imprecisa. Este rigor no solo reviste carácter jurídico-interpretativo/teórico, sino también fáctico, de manera que los antecedentes deben dejar claramente establecido que la medida a implantar es proporcionada.

El examen de proporcionalidad no puede utilizarse como argumento falaz que justifique los excesos cometidos sobre la base de que no había apenas información disponible sobre el virus y no existían experiencias recientes de cómo actuar ante una situación de emergencia sanitaria global. Lo cierto es, que las autoridades deben mantener en todo momento la cabeza fría y evitar caer presas del pánico, guiando su actuar por virtudes cardinales como la prudencia y la templanza. Por ello, el test de proporcionalidad cobra aún más protagonismo puesto que una vez realizada la ponderación entre principios o derechos fundamentales, el resultado no debería ser la derrota de uno o varios con el objetivo de preservar otros. De hecho, tanto el constituyente como el legislador orgánico tienen claro que este tipo de limitaciones tienen un carácter excepcional (si no, excepcionalísimo) y por ello la aplicación e interpretación de esta prueba debe tener carácter restrictivo y, en ningún caso laxo, en tanto en cuanto subyace la idea de razonabilidad, ya que su incorrecta aplicación deviene en decisiones carentes de razonabilidad e incongruentes con todo el tinglado de valores y principios del Ordenamiento Jurídico

⁸⁷ DRAE: <https://dle.rae.es/desvirtuar>

La ciencia jurídica aborrece lo imprudente, lo irracional, lo impreciso, lo absurdo. Todo acto o decisión administrativa debe estar debidamente fundada en consideraciones razonables y susceptibles de contrastarse, lo que evitaría la adopción de medidas como la exigencia del pasaporte COVID implantado sobre argumentos falaces y, como lo afirma Sánchez Sáez, resultó ser un instrumento carente de sentido⁸⁸. Por ello, la prueba de proporcionalidad pareciera ser un requisito de la naturaleza de los actos administrativos ya que, al existir otros medios menos lesivos, costosos o molestos, se debe optar por ellos. En definitiva, el subprincipio de necesidad vendría siendo una aplicación de la Navaja de Ockham o *Lex Parsimoniae* en el Derecho Público.

Con todo, resulta evidente que la doctrina y la jurisprudencia española deberían considerar la legitimidad del fin y de los medios empleados como el primer elemento de este examen de proporcionalidad ya que, al final del día, también es un examen de razonabilidad. Como señalé anteriormente, en la sentencia del TC sobre la primera declaración del estado de alarma, el hecho de que el Gobierno haya errado en el instrumento constituiría una falta de legitimidad de los medios empleados y, al mismo tiempo, una falta de idoneidad de estos.

Por todo lo anterior, no parece mala idea incorporar preceptos en la Ley 40/2015, LEOAES o en la Ley Orgánica 3/1986, en los que se indique que entre los motivos de una medida administrativa que restrinja derechos fundamentales, se justifique un propósito y medios legítimos, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Así las cosas, pareciera que esta partida la ha ganado la postura de García Amado ya que, para prevenir futuras situaciones similares, resulta preferible contar con normas objetivas claras y precisas.

Como corolario, considero necesario recordar la frase de Walter Jellinek, cuando explicó esta cuestión con una metáfora: “el problema de la proporcionalidad consiste en averiguar si hemos disparado a los gorriones con cañones de artillería”⁸⁹.

8. Bibliografía

AGUILÓ REGLA, J. “Son mandatos de ponderación”. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2023, N° 46.

ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 2009, N° 11.

⁸⁸ SÁNCHEZ SÁEZ, V. Cita 24.

⁸⁹ Cfr. PHILLIPE, X. Cita 68, p. 264.

ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. “A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2021, Nº 119.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte Covid en un país carente de una legislación antipandemias”. *Diario del Derecho*, publicado el 10 de enero de 2022, revisado el 19 de febrero de 2023. Recurso electrónico disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1218492

ARAGÓN REYES, M. “Hay que tomarse la Constitución en serio”, publicado en el *Diario El País* de 10 de abril de 2020, revisado el 12 de marzo de 2023. Documento electrónico disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

ARENAS RAMIRO, M. “Pasaporte COVID, ¿libertad de circulación de forma segura o discriminación y privacidad en juego?”, *La Ley privacidad*, 2021, Nº 8.

ARROYO JIMÉNEZ, L. “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *InDret*, *Revista para el análisis del Derecho*, 2009, Vol. 2.

ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, Vol. 44.

ATIENZA, M. “La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia”, *Sí-lex Formación Jurídica*, publicado el 4 de noviembre de 2021, revisado el 27 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia>

BACIGALUPE, A; MARTÍN, U; FRANCO, M; BORRELL, C. “Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España. Informe SESPAS 2022”, *Gaceta Sanitaria*, 2022, Vol. 36 Supl 1.

BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, Nº 5.

BARNES, J. “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”. *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, Nº 5.

BERGER, P. “Proportionality, evidence and the Covid-19 jurisprudence in Germany”, *European Journal for Security Research*, 2022, Nº 7.

CABRA APALATEGUI, J.M. “Conflictos de normas y razón práctica”. En: *Razonar sobre derechos* (coord. J.A. García Amado), Tirant lo Blanch, Madrid, 2016.

CLÉRICO, L. “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, Vol. XXXI.

DARE, T.; KINGSBURY, J. "COVID passports: discrimination, inequality and coercion". En: Steve Matthewman (ed.), *A Research Agenda for COVID-19 and Society*, capítulo 8, pp. 121-138, Editorial Edward Elgar, Londres, 2022.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. "Límite y restricción, no suspensión". Publicado en el Diario El País, con fecha 8 de abril de 2020, documento electrónico disponible en:

https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

DELGADO RAMOS, D. "El estado de alarma ante el Tribunal Constitucional", *Revista Electrónica Iberoamericana*, 2022, Vol. 16, Nº 1.

DICKSON, J. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010. Recurso electrónico revisado el 3 de julio de 2023, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>

DUCLERCQ, J.B. "Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015, Nº 49.

FARRÉS JUSTE, O. "Salus populi suprema lex", *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, Nº 50, Dossier sobre cuestiones bioéticas de la pandemia COVID-19".

GALLEGO BERCIANO, P. Estudio de brotes de COVID-19 en residencias de mayores. Informe julio-octubre 2021. Unidad de Vigilancia de las Infecciones Relacionadas con la Asistencia Sanitaria. Centro Nacional de Epidemiología (CNE), Instituto de Salud Carlos III (ISCIII). Madrid. España, 2021.

GARCÍA AMADO, J.A. Interpretar, argumentar, decidir". En: *Interpretación y aplicación de la Ley Penal*, Anuario de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

GARCÍA AMADO, J.A. "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 2016, Vol. 13.

GOESEL-LE BIHAN, V. "Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques?" *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, 2012, Nº 7.

HEINTZEN, M; KRIEGER, H. "Gliederung: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Fallbearbeitung". Facultad de Derecho, Universidad Libre de Berlín, 2015. Documento electrónico revisado el 7 de junio de 2023, disponible en: https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/tipps/Uebersicht_-Die-Verhaeltnismaessigkeitspruefung-in-der-Fallbearbeitung/index.html

HERBÓN COSTAS, J.J. "El mando y gestión del estado de alarma". En: *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional* (Biglino, P; Durán, F, coordinadores). Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

HIDALGO PÉREZ, M. "El impacto económico del COVID-19 en España". ICE, Revista de Economía, 2021, N° 923.

IZQUIERDO-CARRASCO, M. "COVID-19, policía administrativa y la modulación del principio de legalidad", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 2022, N° 17.

JACKSON, V. "Constitutional Law in the age of Proportionality". The Yale Law Journal, 2015, Vol. 124, N° 8.

JOWELL, J. "Proportionality in the United Kingdom. Le principe de proportionnalité, conférence débat du CDPC. 8 février 2018. Centre Panthéon, Salle des conseils", Revue générale du droit online, 2018, N° 29678.

MÖLLER, K. "Proportionality: Challenging the critics". International Journal of Constitutional Law, 2012, Vol. 10, N° 3.

PARIS, E. "Applying the Proportionality Principle to COVID-19 Certificates". European Journal of Risk Regulation, 2021, Volume 12, Special Issue 2: Symposium on COVID-19 Certificates and Special Issue on the Global Governance of Alcohol.

PHILLIPE, X. "El principio de proporcionalidad en el Derecho público francés", Cuadernos de Derecho Público, 1998, N° 5.

PONTES VIDAL, J. "Pandemia do COVID-19 e mudanças no Estado: surgirá uma nova administração pública em resposta essas mudanças?" Cadernos EBAPE.BR, 2020, Vol. 18, N° 4.

RUIZ BURSÓN, F. La jurisprudencia constitucional española sobre los estados de alarma de 2020. En: Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19 (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022.

RUIZ RICO, G. "Foro debate. Aspectos jurídicos del estado de alarma y la pandemia COVID 19", Revista de Estudios Jurídicos, 2020, N° 20.

SANDÍN, B; VALIENTE, R.M; GARCÍA-ESCALERA, J; CHOROT, P. "Impacto psicológico de la pandemia de COVID-19: Efectos negativos y positivos en población española asociados al periodo de confinamiento nacional", Revista de Psicopatología y Psicología Clínica, 2020, Vol. 25 (1).

SALES, L. Proportionality review in appellate courts: a wrong turning? ALBA, Annual Lecture, 2020. Documento electrónico revisado el 5 de julio de 2023, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181120.pdf>

SÁNCHEZ SÁEZ, A. "El fiasco de los pasaportes Covid en España: casuismo autonómico intolerable y falta de idoneidad como medida de control de contagios". En: Las restricciones de Derechos y Libertades con ocasión del Covid-19 (coordinador: Sánchez Sáez, A.). Comares, Granada, 2022.

STOFFLES, P. "Vaccines can win the race against COVID-19 variants. Here's how", publicado el 17 de agosto de 2020 por el Foro Económico Mundial, revisado el 18 de junio de 2023. Texto disponible en:

<https://www.weforum.org/agenda/2021/08/vaccines-win-race-against-covid-19-variants/>

SULLIVAN, E. T. y FRASE, R. S. "Proportionality principles in American law: Controlling excessive government actions" (Thomas Sullivan, Richard S. Frase Editores). Oxford University Press, Oxford, 2009.

TISHBIREK, A. "Die Verhältnismäßigkeitsprüfung Methoden migration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht". Editorial Mohr Siebeck, Tubinga, 2020.

TREMBLAY, L.B. "Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle", McGill Law Journal, 2012, Vol. 57, Nº 3.

VIDAL FUEYO, C. "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Tomo II.

WIENBRACKE, M. "Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", Zeitschrift für das Juristische Studium (online), 2013, Nº 2.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.



Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores. Claves Jurídicas no comparte necesariamente las opiniones y juicios expuestos en los trabajos firmados.

Las obras se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional:

No se permite un uso comercial de la obra original ni generar obras derivadas (texto legal).



Director ejecutivo

Fernando Javier Cremades López de Teruel

Editor

Jesús Sancho Alonso

ISSN 2603-7173

www.clavesjuridicas.com

Dirección de comunicación con la Revista
revista@clavesjuridicas.com

Para el envío de trabajos deberá registrarse en la página web

Normas de publicación
<http://www.clavesjuridicas.com>
Puede verlas también en la página 174

Consejo Editorial

Fernando Javier Cremades López de Teruel (Letrado de la Administración de Justicia, España)

Jesús Sancho Alonso (Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia, España)

Raúl Sánchez Gómez (Profesor titular de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide, España). Director del Consejo Editorial.

Comité Científico

Los miembros del Comité Científico han expresado su autorización para aparecer en este listado:

María José Alonso Más (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

María Luisa Atienza Navarro (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

José Bonet Navarro (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Emiliano Borja Jiménez (Catedrático de Derecho Penal. Universitat de València, España)

Carolina del Carmen Castillo Martínez (Magistrada. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Vicente Cuñat Edo (Catedrático Emérito de Derecho Mercantil. Universitat de València, España)

José Ramón de Verda y Beamonte (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Joaquín Delgado Martín (Magistrado. Miembro de la Red Judicial de Expertos en Derecho Europeo (REDUE). Doctor en Derecho, España)

María del Pilar Diago Diago (Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza, España)

Jesús Estruch Estruch (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Antonio Fernández de Bujan y Fernández (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

Carmen García Cerdá (Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, España)

Pablo Izquierdo Blanco (Magistrado, España)

Francisco Marín Castán (Magistrado. Presidente de la Sala Primera Tribunal Supremo, España)

María Dolores Mas Badía (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

María Pilar Montés Rodríguez (Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de València, España)

Manuel Ortells Ramos (Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València, España)

Guillermo Palao Moreno (Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de València, España)

Inmaculada Revuelta Pérez (Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València, España)

Ricardo Rivero Ortega (Catedrático de Derecho Administrativo. Rector de la Universidad de Salamanca, España)

Ángel Sánchez Blanco (Catedrático Emérito de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga, España)

Remedios Sánchez Ferriz (Catedrática de Derecho Constitucional. Universitat de València, España)

Antonio Vercher Noguera (Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo del Tribunal Supremo, España)

Rafael Verdera Server (Catedrático de Derecho Civil. Universitat de València, España)

PETICIÓN DE PUBLICACIONES

La Revista Claves Jurídicas pretende ofrecer un espacio de difusión del estudio e investigación en el campo del Derecho español. La Revista está abierta a todo tipo de trabajos doctrinales relacionados con el Derecho público y privado, tanto en su perspectiva sustantiva como procesal. Puede tener un ámbito y dimensión autonómica, nacional, europea e internacional, debiendo tener, en estos dos últimos casos, claros vínculos con el Derecho español. Si el estudio realizado aparece como Derecho comparado, ambos Derechos tratados deben alcanzar la misma, o análoga, proporcionalidad, relevancia y profundidad de estudio del tema, de modo que el Derecho español no quede relegado y sea su referencia meramente testimonial. Al mismo tiempo, se pretende ofrecer un canal de reflexión y difusión de estudios técnicos sobre nuevas tecnologías y ciberseguridad que tengan aplicación, incidencia o influencia en el Derecho español.

La Revista Claves Jurídicas tiene una periodicidad semestral, publicándose en los meses de enero y julio.

La revista está abierta a la recepción de artículos originales, hasta el 15 de mayo para el número de julio y el 15 de noviembre para el número de enero.

Se establece un sistema de evaluación de artículos de revisión por pares, en el que intervienen un mínimo de dos evaluadores externos a la entidad editora de la Revista Claves Jurídicas, [pulse para más información](#).

Claves Jurídicas se edita en Madrid, España, bajo el ISSN 3020-1608

Ayúdenos a enriquecer la Revista con su talento. Le agradecemos su apoyo en la difusión de nuestra publicación y le animamos a compartir con aquellos que puedan estar interesados en participar.

Normas de publicación

Para publicar en la Revista Claves Jurídicas, los autores interesados deben enviar sus textos en formato de Word (doc, docx) en cualquiera de sus versiones, a través de la página web de la Revista, [pulse aquí para más información](#).

1. Contenido del artículo

Los artículos deben tener una extensión entre 15 y 40 páginas (sin contar los resúmenes, las palabras clave y el sumario), si bien con carácter excepcional se podrá admitir hasta 50 páginas, siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo. Se seguirá estrictamente la [plantilla](#) que la Revista pone a disposición del autor, cuyo uso se recomienda para facilitar el trabajo. Consulte la información para autores disponible en la página web de la Revista.

El artículo enviado para su publicación deberá contener los siguientes elementos:

1. Título del artículo, en español y en inglés.
2. Nombre completo del autor o autores (máximo 4), con indicación de su filiación (profesión o actividad académica) y una dirección electrónica de contacto.
3. Un resumen, con un máximo de 250 palabras (en español y en inglés).
4. Palabras clave: entre cinco y diez (con un máximo de 2 líneas), separadas por comas (en español y en inglés).
5. Sumario, consistente en los epígrafes y sub-epígrafes del artículo.
6. El texto del artículo, en español, incluyendo en él los cuadros y figuras (si las hubiera), con una extensión mínima de 15 hojas y máxima de 40 hojas, o 50 hojas con carácter excepcional y siempre que se justifique la razón al enviar el trabajo.
7. Bibliografía. Al final del texto se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del artículo. Todas las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía. Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según el año de publicación.
8. El autor podrá incorporar en el texto o pie de página del artículo palabras o conjunto de palabras con hiperenlaces que considere oportunos (por ejemplo, enlace a normas en el BOE, sentencia en el CENDOJ o Tribunal Constitucional), que quedarán en azul y no tendrán subrayado. Siempre que no sean citas, que deberán tener el formato específico de las citas.
9. El autor deberá indicar, al final del artículo, si existe algún tipo de conflicto de intereses relacionado con el artículo. Así mismo deberá señalar si el artículo ha sido realizado gracias a algún tipo de financiación.

2. Formato del artículo

La no adecuación a la [plantilla](#) de Word establecida para la Revista y que se pone a disposición de los autores (tipo de letra, sangrado, espacios, formatos de edición, estructura, ...), es motivo de rechazo directo del artículo presentado, pudiendo ser invitado desde el Comité Editorial a modificarlo según plantilla y enviarlo de nuevo.

A continuación, se establecen una serie de reglas que el autor deberá seguir a la hora de escribir su artículo, así como unas normas sobre el formato que, si no se

utiliza la plantilla facilitada por la Revista, deberá tener en cuenta tomando como base el formato que por defecto establece Word:

- 1. Tamaño de hoja.** Los artículos deben estar escritos en un tamaño de hoja A4, con márgenes de 3 cm por cada lado (superior, inferior, izquierdo y derecho), con letra base Palatino Linotype, tamaño 12 puntos y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. En una sola columna. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm ([pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).
- 2. Título del artículo en español.** Debe estar en letra Mayúscula, Palatino Linotype 14, centrado en negrita (con el estilo “Título 1” de la plantilla).
- 3. Título del artículo en inglés.** Debe estar en letra Minúscula, Palatino Linotype 12, centrado en negrita (con estilo “Title in English” de la plantilla).
- 4. Autores.** Debe constar el nombre y apellidos de los autores, en letra Palatino Linotype 12, centrada (con estilo “Título 2” de la plantilla).
- 5. Afiliación autores.** Debe constar la profesión, actividad académica, etc., Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).
- 6. Correo electrónico autores.** Debe constar el correo electrónico de contacto del autor, Palatino Linotype 10, centrada (con estilo “Filiación” de la plantilla).
- 7. Resumen y Abstract.** Deberán tener una extensión máxima de 250 palabras, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).
- 8. Palabras clave y Keywords.** Deberán tener entre cinco y diez palabras, tanto en español como en inglés, separadas por comas, en letra Palatino Linotype 12, justificado (con estilo “Normal” de la plantilla).
- 9. Cuerpo del artículo.** Con letra base Palatino Linotype 12 puntos, justificado y espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior. Solo con “sangría especial” en “primera línea” de 1,25 cm.
- 10. Epígrafes y sub-epígrafes.** Los títulos de los diferentes apartados (epígrafes y sub-epígrafes) deberán ir en minúscula y negrita, precedido de la correspondiente numeración no automática, que seguirán las siguientes pautas:
 - 1.
 - 1.1.
 - 1.1.1.
 - 1.1.1.a.

Al terminar un epígrafe o sub-epígrafe hay que dejar un espacio entre el texto y el epígrafe siguiente.

El título de los epígrafes y sub-epígrafes deben tener activados el “control de líneas viudas y huérfanas” y “Conservación con el siguiente” (en “Paginación” de “Líneas y saltos de página” de la sección “Párrafo” de Word). ([Pinche aquí para consultar la forma de realizarlo en Word](#)).

11. Notas al pie. Las notas al pie del texto, estarán enumeradas correlativamente al final de cada página (en letra Palatino Linotype 10, justificado, con espacio sencillo, sin espaciado anterior ni posterior). [Pinche aquí para consultar sobre notas al pie](#).

12. Numeración de página. Los números de las páginas estarán alineados a la derecha, en fuente Palatino Linotype, tamaño 10.

13. Bibliografía. Al final del texto del artículo, se consignará un listado completo con la bibliografía o referencias bibliográficas empleadas en la elaboración del mismo.

TODAS las citas que se realicen dentro del texto deberán reflejarse en la bibliografía.

Las referencias bibliográficas se ordenarán por orden alfabético del primer apellido del autor o primer autor si son varios. Para distintos trabajos de un mismo autor o autores se tendrá en cuenta el orden cronológico según año de publicación.

14. Hiperenlaces. No tendrán subrayado y quedarán con su característico color azul (según el estilo de la plantilla “Hipervínculo”). En caso de ser una cita, debe tenerse en cuenta el formato específico de las citas.

3. El formato de las citas y bibliografías

El formato de las citas bibliográficas deberá seguir la [norma ISO 690:2010](#), cuyo equivalente en español es la norma UNE-ISO 690:2013, que fue traducida por la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).

La norma UNE-ISO 690:2013 (ISO 690:2010) acepta el sistema de notas continuas, que es el sistema que se exige en la Revista Claves Jurídicas.

- **Cita:** Se insertan los números en cada nota de forma consecutiva. Si hay diversas citas de un mismo recurso, se usará un número de nota para cada mención que da lugar a la cita.

- **Referencia:** Se presentan las notas en su orden numérico. Si una nota se refiere a un recurso ya mencionado (recurso citado en una nota anterior), bien se repite la referencia completa o bien se da el número de la nota anterior seguido de los

números de páginas necesarios, etc. (*Ejemplo número nota anterior:* ³⁴ ESPAÑA PEREZ, M.D., referencia 8, p 556.)

- **Fuentes de datos:** Los datos usados en una referencia deberán tomarse del propio recurso citado (siempre que sea posible). Por orden de preferencia, las fuentes apropiadas serán en primer lugar de la portada (o página de inicio de un sitio web, rótulos de un audiovisual, etc.) y de otras partes de la obra en caso necesario (verso de la portada, la cabecera, etc.; cubierta o etiqueta asociada permanentemente con el documento).

Se pueden añadir elementos que no aparezcan en el documento fuente, con el fin de completar la información. Estos elementos deberán ir encerrados entre corchetes [].

3.1. A continuación le mostramos ejemplos de referencias bibliográficas que cumplen con la norma UNE-ISO 690:2013.

Libros impresos y publicaciones monográficas similares con un autor

NOMBRE DEL CREADOR. *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN, ...) (si está disponible)

Ejemplo: ESPAÑA PEREZ, M.D. *La división de poderes en la constitución española*. Pamplona: Anagrama, 2004. pp. 25-26. ISBN 55-557960-37-5

Libros impresos y publicaciones monográficas similares con dos o más autores

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). *Título del libro (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación. Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN, ...) (si está disponible)

Para las obras con más de tres autores, se recomienda dar todos los nombres. Si se elige no mencionar a todos los autores, se dará el nombre del primer autor seguido de "y otros" o "et al."

Ejemplo: THOMPSON, J., BERBANK-GREEN, B. y CUSWORTH, N. *Introducción a la historia del derecho*. Madrid: Taurus, 1988. p. 30.

Libros electrónicos y publicaciones monográficas en línea

Ejemplo 1: PASTOR PRIETO, S. *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial [en línea]*. Tirant Lo Blanch, 2016. [consulta: 15 enero 2017] Disponible en: <http://www.tirantonline.com>

Ejemplo 2: KAFKA, Franz. *The Trial [en línea]*. Translated by David WYLLIE. Project Gutenberg, 2005. [consulta: 5 junio 2006]. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/dirs/etext05/ktria11.txt>

Capítulo de libro (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES) *Título (cursiva)*. Edición (si no es la primera edición). Lugar: Editor, Fecha de publicación, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISBN...) (si está disponible)

Ejemplo: GONZALEZ VEGA, F.J. La letra de cambio. En FERNÁNDEZ TORREJÓN, J.A. (coord.) *Manual de derecho mercantil*. Granada: Comares, 2014, pp. 162-179.

Capítulo de libro en línea (referencias a contribuciones dentro de publicaciones monográficas en línea)

Ejemplo: NATIONAL RESEARCH COUNCIL [U.S.], *Committee on the Training Needs of Health Professionals to Respond to Family Violence. Current Educational Activities in the Health Professions*. En: *Confronting Chronic Neglect: The Education and Training of Health Professionals on Family Violence* [en línea]. Washington DC: National Academy Press, 2002, pp. 35-44 [consulta: 23 junio 2006]. Disponible en: http://darwin.nap.edu/openbook.php?record_id=10127&page=35

Artículo de revista (publicaciones seriadas impresas)

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución En: Título de la publicación seriada fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible)

Ejemplo: LÓPEZ CASTRO, A. La fe pública judicial. En: *Revista de Derecho Político*. Madrid: UNED, 1998, no. 84, pp. 173-194.

Artículo de revista en línea (contribución dentro de una publicación seriada en línea)

Ejemplo: SALVADOR-OLIVÁN, J.A., MARCO CUENCA, G., ARQUERO AVILÉS, R. Impacto de las revistas españolas de Biblioteconomía y Documentación y repercusión de las autocitas en su índice h. En: *Revista Investigación Bibliotecológica: archivonomía, bibliotecología e información*, vol. 32, núm. 77, octubre/diciembre, 2018, México. pp. 13-30. [consulta: 01 noviembre 2018] ISSN: 2448-8321. Disponible en: <http://rev-ib.unam.mx/ib/index.php/ib/article/view/57852/51944>

Referencia a publicación seriada en línea

Nombre publicación (cursiva) [en línea]. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución) [consulta: fecha].

Identificador normalizado (ISSN, ...) (si está disponible). Disponible: enlace a la publicación

Ejemplo 1: *Acta Zoologica* [en línea]. Oxford, U.K.: Blackwell Publishing Ltd., January 2006, vol. 87, issue 1 [consulta: 6 julio 2006]. Academic Search Premier. EBSCOhost Research Databases. ISSN 0001-7272. Disponible en: <http://search.epnet.com>

Ejemplo 2: *AJET: Australasian Journal of Educational Technology* [en línea]. Australia: ASCILITE, Winter 2000, vol. 16, no.2 [consulta: 23 octubre 2003]. ISSN 0814-673X. Disponible: <http://www.ascilite.org.au/ajet/ajet16/ajet16.html>

Contribución a las Actas de un Congreso

NOMBRE DEL (DE LOS) CREADOR (ES). Título de la contribución. En: Título de la publicación fuente (cursiva). Edición. Lugar: Editor, Fecha de publicación, Numeración, Rango de páginas (de la contribución). Identificador normalizado (si está disponible)

Ejemplo: DE OCAÑA LACAL, D. Los archivos judiciales ante el reto de las nuevas tecnologías. En: *Congreso de archivos judiciales en Sevilla en mayo de 2007*. Sevilla, Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, 2007. pp. 98-101.

Legislación

País. Título. Publicación, fecha de publicación, número, páginas.

Ejemplo: España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

También puede consultar todas las normas de publicación en la [página web](#), pulsando aquí.

Los derechos de autor son de los autores. Los autores autorizan la reproducción y comunicación pública de los textos completos de sus artículos a efectos de su inclusión en la base de datos de Dialnet, así como en otras necesarias para garantizar el impacto de las obras, según criterios de la Revista (como Dykinson).

Cuarta época

Claves Jurídicas

Director ejecutivo: Fernando Javier Cremades López de Teruel
Editor: Jesús Sancho Alonso
ISSN: 3020-1608

Editada por:

Dykinson, S.L.

Comunicación con la Revista
revista@clavesjuridicas.com
revista@actajudicial.com

<http://www.clavesjuridicas.com>

revista@clavesjuridicas.com

Dirección postal:
Dykinson
C/ de Meléndez Valdés, 61
28015 Madrid

La Revista Claves Jurídicas y su signo distintivo son marcas registradas